

**De plaats van de Wet terroristische misdrijven  
in het materiële strafrecht**

**The Position of the Terrorist Offences Act  
in Dutch Substantive Criminal Law**



De plaats van de Wet terroristische misdrijven in het materiële strafrecht  
*Een onderzoek naar de wederzijdse beïnvloeding door de Wet terroristische misdrijven en het  
Wetboek van Strafrecht en enkele bijzondere wetten*  
J.M. Lintz

ISBN: 978-90-5850-297-1

Uitgevers: Willem-Jan en René van der Wolf  
Productie: René van der Wolf  
Opmaak: Jook van der Snel

Dit boek is een uitgave van:  
Wolf Legal Publishers (WLP)  
Postbus 31051  
6503 CB Nijmegen  
tel. 024-3551904  
e-mail: [wlp@hetnet.nl](mailto:wlp@hetnet.nl)  
<http://www.wolfpublishers.nl>

Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar worden gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, door fotokopieën, opnamen of op enig andere manier, zonder voorafgaande toestemming van de auteur en de uitgever.

Voor het opnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

© ontwerp en productie WLP/tekst J.M. Lintz

De plaats van de Wet terroristische misdrijven in het materiële strafrecht

*Een onderzoek naar de wederzijdse beïnvloeding door de Wet terroristische misdrijven en het  
Wetboek van Strafrecht en enkele bijzondere wetten*

The Position of the Terrorist Offences Act in Dutch Substantive Criminal  
Law

*A research on the mutual influence of the Terrorist Offences Act and the Dutch Criminal Code and  
several special laws*

### **Proefschrift**

ter verkrijging van de graad van doctor aan de  
Erasmus Universiteit Rotterdam  
op gezag van de  
rector magnificus

prof.dr. S.W.J. Lamberts

en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op  
donderdag 6 september 2007 om 16.00 uur

door

Johan Marius Lintz

geboren te Rotterdam

Promotiecommissie

Promotor: Prof.mr. H. de Doelder

Overige leden: Prof.mr. P.A.M. Mevis  
Prof.mr. J.M. Reijntjes  
Prof.mr. E.F. Stamhuis

Copromotor: Mr.dr. J.M.P.H. Noortmann

# Inhoudsopgave

<b>1</b>	<b>INLEIDING</b>	<b>1</b>
1.1	Betekenis van deze inleiding	2
1.2	Enkele eerdere aanslagen	3
1.2.1	München 1972	3
1.2.2	Lockerbie 1988	4
1.3	Onderzoeksvragen, aandachtspunten en structuur	5
1.3.1	Onderzoeksvragen	5
1.3.2	Aandachtspunten	6
1.3.2.1	Terroristisch oogmerk en terroristisch misdrijf	6
1.3.2.2	Strafverhoging voor terroristische misdrijven en doublures	7
1.3.2.3	Uitbreiding van strafbaarheid	8
1.3.3	Blauwdruk van het onderzoek	9
1.4	Algemene beschouwingen voorafgaand aan het onderzoek	10
1.4.1	Terrorisme	11
1.4.1.1	Gebruik van de term terrorisme	11
1.4.1.2	Definitie van terrorisme	12
1.4.2	Aanleiding voor de WTM: het kaderbesluit inzake terrorismebestrijding	18
1.4.3	Strafbaarstelling en bestraffing in het Nederlandse strafrecht	20
1.4.3.1	Strafbaarstelling van gedragingen	20
1.4.3.2	Individueel reactief daadstrafrecht	36
1.4.3.3	Afsluitend: betekenis voor strafrechtelijke bestrijding van terrorisme	37
<b>2</b>	<b>TERRORISTISCHE MISDRIJVEN EN HET TERRORISTISCH OOGMERK</b>	<b>39</b>
2.1	Art. 83 Sr: terroristische misdrijven	39
2.1.1	De drie categorieën	39
2.1.1.1	Art. 83 onderdeel 1° Sr: de ernstigste terroristische misdrijven	39
2.1.1.2	Art. 83 onderdeel 2° Sr: de wettelijke strafverhogingsgronden	40
2.1.1.3	Art. 83 onderdeel 3° Sr: specifieke terroristische misdrijven	43
2.1.2	De strafverhogingen van de WTM	44
2.1.2.1	Conformiteit met de systematiek van strafverhoging voor de WTM	44
2.1.2.2	Verhoging tot levenslang en de Wet herijking strafmaxima	48
2.1.3	Afsluiting	53
2.2	Art. 83a Sr: het terroristisch oogmerk	53
2.2.1	Art. 83a Sr; enkele algemene opmerkingen	54
2.2.1.1	Oogmerk in art. 83a Sr	54
2.2.1.2	Wederrechtelijk	62
2.2.1.3	Het terroristisch oogmerk een motief?	78
2.2.2	Oogmerk om (een deel van) de bevolking ernstige vrees aan te jagen	83
2.2.2.1	Een deel der bevolking	83
2.2.2.2	De zaak Mohammed B.	86
2.2.2.3	Afsluiting	93

2.2.3	Oogmerk om een overheid wederrechtelijk te dwingen	94
2.2.3.1	Dwingen	94
2.2.3.2	Wederrechtelijk	95
2.2.3.3	Overheid	99
2.2.3.4	Dulden	105
2.2.3.5	Afsluiting	108
2.2.4	Oogmerk om bepaalde fundamentele structuren te vernietigen of ernstig te ontwrichten	108
2.2.4.1	De wetgever	109
2.2.4.2	Onderscheid met 2e variant van het terroristisch oogmerk	111
2.2.4.3	Rechtspraak	112
2.2.4.4	Stelselmatigheid als criterium	117
2.2.4.5	Afsluiting	120
2.2.5	Afsluiting	120
2.3	Strafbare feiten in verband met terroristische activiteiten	121
2.3.1	De verplichtingen van het Kaderbesluit	122
2.3.2	Nederlandse implementatie	122
2.3.3	Afsluiting	123
2.4	Andere strafbaarstellingen van misdrijven met het oogmerk terroristische misdrijven voor te bereiden of gemakkelijk te maken	124
2.4.1	De strafbaarstellingen van terroristische misdrijven die worden begaan met het oogmerk een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken	124
2.4.2	Het terroristisch oogmerk en het oogmerk een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken	126
2.4.2.1	De wetgever	127
2.4.2.2	Rechtbank Rotterdam (Piranha)	128
2.4.2.3	De band tussen het oogmerk en de gedraging	129
2.4.2.4	Interpretatie van de delictomschrijving	130
2.4.3	De sanctienormen	131
2.4.3.1	Motivering van de sanctienormen door de wetgever	131
2.4.3.2	Gegrondeheid van deze motivering	132
2.4.3.3	Alternatieve sanctienormen	135
2.4.4.4	Afsluiting	137
2.5	Afsluiting	138
<b>3</b>	<b>UITBREIDINGEN VAN DADERSCHAP EN STRAFBAARHEID IN DE WET TERRORISTISCHE MISDRIVEN</b>	<b>141</b>
3.1	Art. 140 en 140a Sr	142
3.1.1	Deelneming aan een criminele organisatie: art. 140 Sr	142
3.1.1.1	Organisatie	143
3.1.1.2	Oogmerk tot het plegen van misdrijven	148
3.1.1.3	Deelneming	152
3.1.1.4	Internationale dimensie	161
3.1.1.5	Conclusies ten aanzien van art. 140 Sr	170
3.1.1.6	Betekenis van het voorgaande voor art. 140a Sr	172
3.1.2	Verhouding art. 140a Sr tot art. 2 Kaderbesluit	172

3.1.2.1	Kaderbesluitconforme interpretatie	172
3.1.2.2	Verschillen en overeenkomsten art. 140 / 140a Sr en art. 2 Kaderbesluit	173
3.1.2.3	De verplichting tot kaderbesluitconforme interpretatie	178
3.1.3	Oorspronkelijk voorstel en wijzigingen art. 140 en 140a Sr in de WTM	180
3.1.3.1	Strafverhogingen	181
3.1.3.2	Deelneming	183
3.1.4	Art. 140a Sr en art. 46 Sr.	186
3.1.4.1	Voorbereiding van deelneming I	187
3.1.4.2	Voorbereiding van deelneming II	188
3.1.4.3	Afsluiting voorbereiding tot deelneming	189
3.1.5	Afsluiting art. 140 en 140a Sr	189
3.2	Strafbare voorbereiding	190
3.2.1	Totstandkoming art. 46 Sr	191
3.2.1.1	Kritiek op art. 46 Sr	191
3.2.1.2	Kritiek op art. 10a Opw	192
3.2.2	Wijzigingen en huidig bereik van art. 46 Sr	192
3.2.2.1	In vereniging	193
3.2.2.2	De kennelijke bestemming	194
3.2.2.3	Tijd en plaats van de strafbare voorbereiding; internationale dimensie	209
3.2.3	Art. 96 lid 2	211
3.2.4	Verhouding art. 46 Sr tot art. 96 lid 2 Sr	212
3.2.4.1	Specialiteit	212
3.2.4.2	Invloed en gevolgen van de Wet herijking strafmaxima	217
3.2.5	Potentiële oplossingen	223
3.2.5.1	Verhoging van de sanctienorm van art. 96 lid 2 Sr	223
3.2.5.2	Kan art. 96 lid 2 Sr worden gemist?	227
3.2.5.3	Mogelijke oplossingen	230
3.2.6	De art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW	231
3.2.6.1	Specialiteitsverhouding ten opzichte van de art. 46 en 96 lid 2 Sr?	232
3.2.6.2	Toepasselijke strafbepaling en sanctienorm	233
3.2.7	Afsluiting	234
3.3	Samenspanning	236
3.3.1	De noodzaak tot uitbreiding	236
3.3.1.1	Motivering van de uitbreiding	237
3.3.1.2	Waardering van de motivering	237
3.3.2	Problemen rond de strafbaarstelling van samenspanning tot terroristisch misdrijf	244
3.3.2.1	Oorzaak problemen: strafbaarstelling als voltooid delict	245
3.3.2.2	Strafbaarheid van poging en voorbereiding	246
3.3.2.3	Geen straffeloosheid bij vrijwillige terugtred	248
3.3.2.4	Consistentie van sanctienormen	251
3.3.3	Gemeengevaarlijke misdrijven als model ter vervanging van samenspanning; een alternatief?	253
3.3.4	Afsluiting	255
3.4	Rekrutering voor de Jihad	256
3.4.1	Noodzaak tot wijziging	256
3.4.1.1	De gewapende strijd	257

3.4.1.2	Werven	258
3.4.2	Gevolgen van de wijziging	259
3.5	Gemeengevaarlijke misdrijven	260
3.5.1	Noodzaak tot wijziging art. 172 e.v. Sr	261
3.5.1.1	Art. 172 en volgende Sr voor de inwerkingtreding van de WTM	261
3.5.1.2	Motivering van de wijziging	262
3.5.2	Gevolgen van de wijziging	264
3.5.2.1	Duchten in de art. 172 en volgende Sr	264
3.5.2.2	'Duchten' geüniformeerd	266
3.5.2.3	Afluiting	268
3.5.3	Samenspanning tot gemeengevaarlijke misdrijven	269
3.5.3.1	Afwijkingen van de systematiek	270
3.5.3.2	Consistentie van sanctienormen	274
3.6	Afluiting	276
<b>4</b>	<b>DOUBLURES BINNEN STRAFBAARSTELLINGEN IN VERBAND MET MISDRIJVEN TER BESCHERMING VAN DE STAAT</b>	<b>281</b>
4.1	Doublures; inleidende opmerkingen voor de hoofdstukken 4, 5 en 6	281
4.2	Inleiding	283
4.3	Achtergrond, totstandkoming en inhoud	284
4.3.1	Terrorisme: herkomst en vroege uitingen	284
4.3.2	Terrorisme, oorlog en revolutie; tweede helft negentiende en eerste helft twintigste eeuw	285
4.3.2.1	Voor de eerste wereldoorlog	286
4.3.2.2	De eerste wereldoorlog en de communistische revolutie	287
4.3.2.3	Dertigerjaren, tweede wereldoorlog en daarna	290
4.3.4	Betekenis revolutie en oorlog voor de WTM	293
4.4	Strafrechtelijke bescherming van (het functioneren van) de staat	293
4.4.1	Titel I Tweede Boek WvSr	294
4.4.1.1	Art. 92 Sr	295
4.4.1.2	Art. 93 Sr	297
4.4.1.3	Art. 94 Sr	298
4.4.1.4	Aanslag in de art. 93 en 94 Sr	299
4.4.1.5	Art. 95 Sr	301
4.4.1.6	Art. 95a Sr	305
4.4.1.7	Art. 96 Sr	306
4.4.2	Titel II Tweede Boek WvSr	308
4.4.2.1	Art. 108 Sr	308
4.4.2.2	Art. 109 Sr	309
4.4.2.3	Art. 110 Sr	310
4.4.3	Titel III Tweede Boek WvSr	310
4.4.3.1	Art. 115 Sr	311
4.4.3.2	Art. 116 Sr	312
4.4.4	Titel IV Tweede Boek WvSr	312
4.4.4.1	De art. 121 en 122 Sr	312
4.4.4.2	Art. 121a Sr	314
4.4.4.3	De art. 123 en 124 Sr	315



4.4.4.4	De art. 123a en 124a Sr	316
4.4.5	Conclusie	317
4.5	Verhouding met de WTM	319
4.5.1	De strafverhoging van de WTM	319
4.5.1.1	De Ruimte voor strafverhoging	319
4.5.1.2	Gevolgen van de strafverhoging	320
4.5.2	Betekenis van de WTM voor de delictsomschrijvingen van de afzonderlijke terroristische misdrijven	322
4.5.2.1	De art. 93 en 94 Sr	323
4.5.2.2	De art. 95, 95a, 121, 123 en 124 Sr	324
4.5.2.3	De art. 96 en 122 Sr	329
4.5.3	De art. 121a, 123a en 124a Sr	330
4.6	Afsluiting	331
<b>5</b>	<b>DOUBLURES BINNEN STRAFBAARSTELLINGEN IN VERBAND MET EERDERE STRAFBEPALINGEN MET EEN INTERNATIONALE OORSPRONG</b>	<b>333</b>
5.1	Inleiding	333
5.2	Verdragen ter bescherming van de veiligheid van de burgerluchtvaart	335
5.2.1	De relevante context	336
5.2.1.1	Kapingen	336
5.2.1.2	Geweld tegen luchtvaartuigen en op luchthavens	338
5.2.2	Verdragsverplichtingen en Nederlandse strafbaarstellingen	339
5.2.2.1	Verplichtingen tot strafbaarstelling uit het Verdrag van Den Haag	339
5.2.2.2	Verplichtingen tot strafbaarstelling uit het Verdrag van Montreal	340
5.2.2.3	Verplichtingen tot strafbaarstelling uit het Protocol van Montreal	341
5.2.2.4	Terrorisme	342
5.2.2.5	Strafbaarstellingen naar aanleiding van het Verdrag van Den Haag	343
5.2.2.6	Strafbaarstellingen naar aanleiding van het Verdrag van Montreal	345
5.2.2.7	Strafbaarstellingen naar aanleiding van het Protocol van Montreal	347
5.2.2.8	Conclusie	349
5.2.3	Verhouding met de WTM	350
5.2.3.1	De strafverhoging	350
5.2.3.2	Strafbaarheid van samenspanning	351
5.3	Verdrag tegen het nemen van gijzelaars	351
5.3.1	Achtergrond, totstandkoming en inhoud	351
5.3.1.1	Enkele geruchtmakende gijzelingen	352
5.3.1.2	Voorbereiding en totstandkoming	354
5.3.1.3	Het Verdrag	355
5.3.1.4	Terrorisme	356
5.3.2	Nederlandse implementatie	356
5.3.2.1	De gijzeling van art. 282a Sr	356
5.3.2.2	Art. 282a Sr, terrorisme?	357
5.3.3	Verhouding met de WTM	358
5.3.3.1	De sanctienorm van art. 282b Sr op zijn eigen merites beoordeeld	358
5.3.3.2	Verhouding art. 282, 282a en 282b Sr	359

5.4	Verdrag inzake de voorkoming en bestraffing van misdrijven tegen internationaal beschermde personen, met inbegrip van diplomaten	363
5.4.1	Achtergrond, totstandkoming en inhoud	363
5.4.1.1	Enkele incidenten	363
5.4.1.2	Het Verdrag	367
5.4.1.3	Terrorisme	368
5.4.2	Nederlandse implementatie	369
5.4.2.1	Nieuwe strafbepalingen	369
5.4.2.2	Terrorisme	373
5.4.3	Verhouding met de WTM	374
5.4.3.1	Sanctienormen van verdragsfeiten met terroristisch oogmerk	375
5.4.3.2	Samenspanning tot het verdragsfeit van art. 117 Sr	376
5.5	De overige verdragen	378
5.5.1	Veiligheid van de zeevaart	379
5.5.2	De fysieke beveiliging van kernmateriaal	379
5.5.3	Terroristische bomaanslagen	380
5.5.4	Financiering van terrorisme	381
5.6	Afluiting	383
<b>6</b>	<b>DOUBLURES TUSSEN STRAFBEPALINGEN: SAMENLOOPPERIKELN</b>	<b>385</b>
6.1	Eendaadse en meerdaadse samenloop	385
6.1.1	Het strekkingscriterium	386
6.1.2	Gevolgen van het strekkingscriterium	386
6.1.3	Kritiek op het strekkingscriterium	387
6.2	Voortgezette handeling	388
6.3	Derogatie, alternativiteit, subsidiariteit en consumptie	389
6.4	Een alternatieve samenloopregeling	391
6.4.1	Vergelijking met 'hetzelfde feit' in art. 68 Sr	393
6.4.2	Het object	394
6.4.3	Betekenis van het voorgaande voor de samenloop van terroristische misdrijven	395
6.5	Samenloopperikelen bij concrete terroristische misdrijven	396
6.5.1	Strafbaarstellingen van samenspanning en art. 140a Sr	397
6.5.1.1	Strekking van de onderscheiden strafbepalingen	397
6.5.1.2	Gronden voor eendaadse samenloop	398
6.5.2	Art. 140 en art. 140a Sr	400
6.5.2.1	Hofstad	400
6.5.2.2	Specialiteitsverhouding art. 140 Sr en art. 140a Sr	402
6.5.2.3	Afluiting	407
6.5.3	Gemeengevaarlijke misdrijven en geweldsmisdrijven	407
6.5.3.1	Gelijktijdige toepasbaarheid	407
6.5.3.2	Verschillende strekking	408
6.5.3.3	Een alternatieve invulling voor de samenloop	409
6.5.3.4	Doublures door de WTM	410
6.5.3.5	Betekenis van de samenloopregeling voor de praktijk	411
6.5.4	Thematische strafbaarstellingen	412

6.5.4.1	Uitgangspunten van de wetgever van 1881	414
6.5.4.2	Samenloopproblemen bij de huidige bepalingen	414
6.5.4.3	Het strekkingscriterium	416
6.5.4.4	Een alternatieve samenloopregeling	417
6.5.4.5	Doublures door de WTM	420
6.6	Afsluiting	430
<b>7</b>	<b>SAMENVATTING EN CONCLUSIE</b>	<b>433</b>
7.1	Terug naar de onderzoeksvragen	433
7.2	Samenvatting	433
7.2.1	Hoofdstuk 2	433
7.2.1.1	Het terroristisch misdrijf	433
7.2.1.2	Het terroristisch oogmerk	434
7.2.1.3	De strafverhoging	435
7.2.2	Hoofdstuk 3	437
7.2.2.1	De aanvaardbaarheid van buitengewone vormen van daderschap en strafbaarheid in algemene zin	437
7.2.2.2	Buitengewone vormen van daderschap en strafbaarheid in de WTM	439
7.2.2.3	Aanvaardbaarheid van de uitbreiding van daderschap en strafbaarheid in de WTM	440
7.2.3	De Hoofdstukken 4 en 5	441
7.2.4	Hoofdstuk 6	443
7.3	Conclusie	444
<b>7</b>	<b>SUMMARY AND CONCLUSION</b>	<b>447</b>
7.1	Back to the theses	447
7.2	Summary	447
7.2.1	Chapter 2	447
7.2.1.1	The terroristisch misdrijf	447
7.2.1.2	The terroristisch oogmerk	448
7.2.1.3	The strafverhoging	449
7.2.2	Chapter 3	451
7.2.2.1	The acceptability of extraordinary forms of culpability and punishability in general	451
7.2.2.2	Extraordinary forms of culpability and punishability in the WTM	453
7.2.2.3	The acceptability of extraordinary forms of culpability and punishability in the WTM	453
7.2.3	Chapters 4 and 5	454
7.2.4	Chapter 6	456
7.2	Conclusion	457
	<b>LIJST VAN GERAADPLEEGDE LITERATUUR</b>	<b>459</b>



## Voorwoord

In november 2001 benaderde ik mijn (latere) promotor Hans de Doelder met de vraag of er ruimte zou bestaan om na afronding van mijn studie als AIO bij de sectie strafrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam een proefschrift te schrijven. Hij gaf aan dat die ruimte er wel was en dat hij de strafrechtelijke bestrijding van terrorisme een aardig onderwerp zou vinden. Twee maanden na de aanslagen van 11 september 2001 was dit een logische gedachte. Ik betwijfelde echter of dat onderwerp vier jaar na mijn afstuderen in 2002 nog wel actualiteitswaarde zou hebben. Hans verzekerde me dat de terrorismehype langer zou duren dan het schrijven van dit proefschrift. Daarin heeft hij stellig gelijk had.

Bovenstaande beschrijving van de aanleiding tot het schrijven van het onderhavige boek dient ter inleiding van een aantal dankbetuigingen.

Allereerst ben ik mijn promotor Hans de Doelder veel dank verschuldigd. Dat betreft niet slechts zijn suggestie voor het voorwerp van de onderhavige studie. Tevens wil ik hem hartelijk danken voor de grote mate van vrijheid die hij mij bij het schrijven van het werk heeft gegund.

In algemene zin wil ik de medewerkers van de sectie strafrecht hartelijk danken. Zowel tijdens als buiten het werk heb ik met hen een leuke tijd gehad. Een aantal van hen verdient het om in het bijzonder genoemd te worden omdat zij bereid zijn geweest (fragmenten van) vroegere versies van het werk te lezen die aan leesbaarheid vaak veel te wensen overlieten of omdat zij anderszins inspirerend zijn geweest. Dat betreft allereerst Vincent Mul die, met name aan het begin van mijn aanstelling, met zijn grote parate kennis van het materiële en formele strafrecht altijd bereid was vragen te beantwoorden. Later kon ik daarvoor terecht bij Paul Mevis. Bart Keupink en Hajé Weisfelt waren altijd (ieder op geheel eigen wijze overigens) bereid om, soms urenlang, inhoudelijk van gedachten te wisselen als ik weer eens was vastgelopen. Diezelfde Bart Keupink, alsmede Paul Verloop en Sanne Struyk hebben substantiële gedeelten van het werk gelezen en daarop zeer zinnige kritiek geleverd. Marjolein Bannier, Jantien Holleman en met name Joost Verbaan, Hajé Weisfelt en alweer die Bart Keupink luisterden met hun gezelschap de noodzakelijke rookpauzes op. Hartelijk dank, jullie waren (en zijn) meer dan gewoon leuke collega's.

Bijzondere woorden van dank gaan ook uit naar de leden van de Kleine Commissie die met hun kritiek sterk bijgedragen hebben aan de verbetering van het werk. Met name de sessie met prof. Stamhuis in Heerlen verdient het in dit verband om genoemd te worden.

Zeer veel dank en nederige verontschuldigungen ben ik verschuldigd aan mijn lieve vriendin Kim die met name in het laatste jaar van mijn aanstelling zo veel meer gegeven dan gekregen heeft. De meeste dank gaat echter, sorry lieverd, uit naar mijn ouders die, zonder ooit zichtbaar te wanhopen, nimmer nagelaten hebben alles wat zij hadden in mij te investeren.



# 1 Inleiding

Op 11 september 2001 om 8 uur 47 's ochtends plaatselijke tijd boort American Airlines vlucht 11 zich in de Noordelijke toren van het World Trade Center in New York. Dat het geen ongeluk betreft maar een terroristische aanslag wordt duidelijk als 16 minuten later United Airlines vlucht 175 de Zuidelijke toren binnenvliegt. Vijfendertig minuten later wordt een aanzienlijk deel van de Westelijke zijde van het Pentagon in Washington verwoest door het neerstorten van American Airlines vlucht 77. Om 10 uur stort de zuidelijke WTC-toren in. Rond half elf treft de Noordelijke toren hetzelfde lot. Tussen het instorten van de torens stort in Shanksville Pennsylvania United Airlines vlucht 93 neer. De koers van het laatste toestel doet vermoeden dat het op weg was naar Washington. Ongeveer drieduizend mensen verloren het leven bij deze aanslagen.

Alhoewel in de vroege berichtgeving nog gesteld wordt dat de aanslagen zijn opgeëist door het Front voor de Bevrijding van Palestina (PLF), meldt de Amerikaanse nieuwsvonder CNN al om 4 uur 's middags dat er volgens de Amerikaanse veiligheidsdiensten sterke aanwijzingen bestaan dat de Saudische multimiljonair Osama Bin Laden achter de aanslagen zit.

Op 27 september publiceert de FBI de namen en foto's van de negentien vermeende kapers waarvan de meeste worden vermoed de Saudische nationaliteit bezitten. Twee van hen, Nawaf al-Hazmi en Khalid al-Mihdhar, maken volgens CIA-gegevens reeds lange tijd deel uit van het Afghaanse netwerk Al Qaida (de basis) dat aan het einde van de Afghaanse oorlog tegen de Russen groeide uit de organisatie die jonge moslims rekruteerde voor het Afghaanse front, dat mede door Bin Laden is opgericht en waaraan hij thans leiding geeft.

In oktober 1996 heeft Bin Laden opgeroepen tot een heilige oorlog (jihad) tegen de Verenigde Staten en Israël en in februari 1998 vaardigde hij een religieus decreet (Fatwa) uit dat alle moslims oproep om overal ter wereld Amerikanen en hun bondgenoten, militairen en burgers, te doden. Al Qaida wordt tevens verantwoordelijk gehouden voor aanslagen op Amerikaanse ambassades in Kenia en Tanzania en voor het plegen van een zelfmoordaanslag tegen het Amerikaanse oorlogsschip de U.S.S. Cole, waarbij in totaal tweehonderdeenveertig mensen omkwamen.

Reeds in de vroege ochtend van 12 september bezoeken FBI-agenten Huffman Aviation, een vliegsschool in Florida waar Mohammed Atta en Marwan al-Shehhi, volgens de FBI de mannen die de vliegtuigen die de Torens van het WTC binnenvlogen bestuurden, in 2000 vlieglessen volgden. Volgens de CIA bevond Atta zich tijdens de planningfase waarschijnlijk in Afghanistan. Ook zou de CIA beschikken over bandopnamen van telefoongesprekken tussen leden van Al Qaida die elkaar feliciteerden. De Arabische nieuwsvonder Al-Jazeera weet de hand te leggen op een reeds voor 11 september opgenomen videoband waarin Osama een grote aanslag in de VS aankondigt. De Amerikanen willen Bin Laden voor zijn betrokkenheid bij de aanslagen berechten.

Het extreem Islamitische Talibanregime dat het grootste deel van Afghanistan in handen heeft geeft bij monde van haar ambassadeur in Pakistan te verstaan dat de Isla-

mitische gastvrijheid het niet toestaat gasten uit te leveren. De Britten en Amerikanen starten daarop in oktober 2001 met het bombarderen van de Afghaanse hoofdstad Kabul. De bombardementen stellen het Afghaans verzet in staat vanuit het Noorden snel op te rukken. Het Talibanregime wordt ten val gebracht. Gevangengenomen Al Qaida- en Talibanstrijders worden geïnterneerd op de Amerikaanse marinebasis in Guantanamo Bay, Cuba. In januari 2007 zitten daar nog steeds honderden mensen gevangen zonder de mogelijkheid hun zaak voor een rechter te bepleiten, zonder rechtsbijstand en zonder enig contact met de buitenwereld.

Wat de aanslagen van 11 september 2001 zo bijzonder maakt is niet alleen het grote aantal onschuldige slachtoffers of de beschikbaarheid van duidelijk beeldmateriaal van vliegtuigen die zich in het WTC boren en mensen die van grote hoogte uit de torens springen, maar zeker ook de *immediate recognition that this was an attack on all our societies and that it struck at the very values which underpin our way of life – the values, for example, of tolerance, of compassion and freedom.*<sup>1</sup>

In de weken na 11 september 2001 viel regelmatig uit de mond van verschillende politieke leiders te horen dat de wereld voorgoed veranderd was. Ongeacht de feitelijke juistheid van die mededeling hebben de aanslagen in ieder geval wel gevolgen gehad voor het (Nederlandse) strafrecht. Deze gevolgen staan in het onderhavige onderzoek centraal.

## 1.1 Betekenis van deze inleiding

Deze inleiding heeft een aantal functies. Allereerst bedoelt zij de aanleiding voor en daarmee de relevantie van het onderhavige onderzoek duidelijk te maken. Daarnaast dient zij ter omschrijving van het voorwerp en bereik van onderzoek alsmede van de perspectieven van waaruit het onderzoek plaatsvindt en de wijze waarop het is gestructureerd en opgebouwd. Tenslotte is dit de aangewezen plaats om een aantal gebeurtenissen en begrippen waaraan in de loop van dit onderzoek met een zekere regelmaat zal worden gerefereerd uiteen te zetten.

Daartoe is hierboven allereerst een korte beschrijving gegeven van de gebeurtenissen die de aanleiding voor dit onderzoek zijn geweest, de aanslagen van 11 september 2001 in de Verenigde Staten.

Hieronder zal allereerst aan de hand van een tweetal eerdere aanslagen worden aangetoond (voor de oudere lezer in herinnering worden geroepen) dat internationaal terrorisme op zich zelf geen nieuw probleem is. De betreffende aanslagen zijn waarschijnlijk de twee bekendste aanslagen uit de twintigste eeuw. De vaststelling dat terrorisme niets nieuws is, is van direct belang voor de formulering van de onderzoeksvragen.

Aansluitend zullen de onderzoeksvragen worden geformuleerd en zal aan de hand van de belangrijkste wijzigingen die het materiële strafrecht naar aanleiding van de aanslagen van 11 september 2001 heeft ondergaan een aantal aandachtspunten voor het voetlicht worden gebracht (en waar nodig nader worden toegelicht) waarnaar in het verloop van dit onderzoek bijzondere aandacht zal uitgaan.

---

<sup>1</sup> Tony Blair, Foreword, in Reuters, *After September 11*, New York and the world, Prentice Hall, Upper Saddle River, 2002, p. vii.



Dit hoofdstuk zal worden afgesloten met een aantal beschouwingen dat aan het eigenlijke onderzoek vooraf dient te gaan.

In dat kader zal in de eerste plaats aandacht besteed worden aan het begrip *terrorisme*. Uiteraard zal het woord *terrorisme* in deze studie veelvuldig voorkomen. Onder dat woord wordt niet door iedereen altijd hetzelfde verstaan. De betekenis van de term blijkt afhankelijk van de persoon die aan het woord is en de tijd waarin hij sprak. Het is uiteraard van belang om te weten welke betekenis in het onderhavige onderzoek aan de term wordt toegekend alsmede om te weten wie waarom wel eens van een andere betekenis zou kunnen uitgaan.

Vervolgens komt het Kaderbesluit terrorismebestrijding aan de orde. De Wet terroristische misdrijven (WTM)<sup>2</sup>, die in dit onderzoek centraal staat, is de Nederlandse implementatie van dit Kaderbesluit. Het Kaderbesluit bevat verplichtingen waaraan de Nederlandse wetgever moet voldoen. De WTM is in de eerste plaats ontworpen om aan die verplichtingen te voldoen. Op verschillende plaatsen in dit onderzoek zal de WTM vanuit het perspectief van het Kaderbesluit worden besproken.

Tenslotte zal een enkele opmerking worden gemaakt over strafbaarstelling en bestrafing in het Nederlandse strafrecht. Het betreft dan een schets van het bredere verband waarbinnen de WTM tot stand is gekomen alsmede van het verband waarbinnen de WTM moet worden toegepast.

## 1.2 Enkele eerdere aanslagen

Hoe bijzonder de aanslagen van 11 september 2001 ook geweest zijn mogen, zij zijn niet de eerste aanslagen tegen Westerse doelen die wereldwijde aandacht hebben getrokken en wijdverbreide verontwaardiging veroorzaakten. Twee gebeurtenissen die in dat verband bijzondere aandacht verdienen en waaraan in het vervolg van dit onderzoek nog al eens zal worden gerefereerd betreffen de gijzeling en levensberoving van de Israëlische Olympische ploeg tijdens de Olympische spelen van München in 1972 en het opblazen van Pan Am vlucht 103 in 1988 boven het Schotse plaatsje Lockerbie. Hieronder zullen deze gebeurtenissen (alsmede enkele van de naar aanleiding ervan genomen maatregelen) kort worden beschreven.

### 1.2.1 München 1972

In de vroege ochtend van 5 september 1972 dringen acht leden van de Palestijnse terreurorganisatie Zwarte September het verblijf van de Israëlische Olympische ploeg in München binnen. Twee atleten worden onmiddellijk gedood. Negen anderen worden gegijzeld. De gijzelnemers eisen de vrijlating van circa tweehonderd Palestijnse gevangenen. Na vijftien uur onderhandelen wordt een deal gesloten tussen de gijzelnemers en de Duitse autoriteiten. Onderdeel van deze deal is dat de gijzelnemers en gijzelaars met twee helikopters naar een nabijgelegen vliegveld worden gebracht. Daar staat een vliegtuig klaar dat de gijzelnemers naar Cairo moet brengen. Zo ver zou het echter niet komen.

---

<sup>2</sup> Wet van 24 juni 2004 tot wijziging en aanvulling van het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten in verband met terroristische misdrijven, Stb. 2004, 290. Inwerkingtreding 10 augustus 2004.

Wanneer vier terroristen op het vliegveld uit de helikopters stappen, openen Duitse scherpschutters het vuur. Drie van de vier gijzelnemers buiten de helikopters worden gedood. De gijzelnemers in de helikopters vuren echter terug en doden mogelijk ook gijzelaars. Vlak na middernacht zetten de autoriteiten een bevrijdingsactie in. Tijdens de actie springt een van de overgebleven Palestijnen uit een helikopter en gooit een handgranaat terug naar binnen. Na de explosie breekt een nieuw vuurgevecht uit. Uiteindelijk geven drie gijzelnemers zich over. De vijf anderen en de negen atleten hebben de gebeurtenissen niet overleefd.

De gebeurtenissen van München 1972 worden algemeen beschouwd als een van de grootste mislukkingen op het gebied van terrorismebestrijding. Als gevolg hiervan en tevens vanwege de gigantische aandacht van de media die toch al in groten getale aanwezig waren, fungeerden deze gebeurtenissen als katalysator voor veel antiterrorismemaatregelen. In Nederland leidt de gijzeling tot de oprichting van de Bijzondere Bijstandseenheid (BBE) van het korps mariniers.

Alhoewel de VN zich al eerder met terrorisme hadden beziggehouden, kan worden aangenomen dat de uitgebreide stroom resoluties van de Algemene Vergadering sinds 1972 een direct gevolg is van de Olympische tragedie uit datzelfde jaar.

### 1.2.2 Lockerbie 1988

Op 21 december 1988 stijgt Pan Am vlucht 103 op van London Heathrow met als bestemming New York en Detroit. Iets meer dan een half uur na het opstijgen fragmenteert de weergave van het toestel op de radar in een vijftal stippen. Het toestel valt in stukken uiteen boven het kleine Schotse plaatsje Lockerbie.

Delen van de in stukken gescheurde lichamen van de tweehonderdnegenenvijftig inzittenden van het vliegtuig worden door het gehele dorp teruggevonden. Hetzelfde geldt voor stukken van het toestel. Verschillende huizen worden met de grond gelijk gemaakt of van hun dak ontdaan. Op de grond vallen nog elf dodelijke slachtoffers. Uit de beschrijvingen van ooggetuigen wordt duidelijk dat het toestel in de lucht is ontploft. Fragmenten van bagage die op de grond worden teruggevonden wijzen erop dat een kneedexplosief (semtex) dat in een tot ontsteking omgebouwde cassette recorder was verstopt in een bruine Samsonite koffer in Malta aan boord van het luchtvaartuig is gebracht.

De bevindingen van uitgebreid onderzoek zouden erop wijzen dat twee vermeende leden van de Libische veiligheidsdienst de bom op Malta (als medewerkers van Libyan Arab Airlines) aan boord hebben gebracht. De Verenigde Staten en Groot-Brittannië dringen bij de Libische leider Khadafi aan op uitlevering van de verdachten. Khadafi weigert. Daarop stelt de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties een vliegembargo en militaire, diplomatieke en economische sancties in tegen Libië.<sup>3</sup> Na tussenkomst van Nelson Mandela en de secretaris-generaal van de Verenigde Naties Kofi Annan gaat Khadafi uiteindelijk akkoord met berechting van de twee verdachten door een Schotse rechtbank op neutraal terrein. Die schotse rechtbank, gezeten in Kamp Zeist, spreekt één van de verdachten vrij en veroordeelt de ander tot levenslange gevangenisstraf.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> S / RES / 748 (1992) en S / RES / 883 (1993).

<sup>4</sup> High Court of Justiciary at Camp Zeist January 31, 2001, Case no 1475/99.

Op 14 maart 2002 werd het beroep van de veroordeelde tegen dit vonnis verworpen.<sup>5</sup> Aan de veroordeling ligt de veronderstelling ten grondslag dat het opblazen van Pan Am 103 een Libische waarkactie was voor het bombarderen van Tripoli door de VS in 1986 als reactie op een bomaanslag in een Duitse discotheek waarbij twee Amerikanen omkwamen.<sup>6</sup>

Ter verklaring van het drama boven Lockerbie bestaat ook nog een andere theorie. Op aannemelijke gronden is wel betoogd dat er een reële mogelijkheid bestaat dat Iran achter de explosie zit. In reactie op het abusievelijk uit de lucht schieten van een Iranese airbus met bijna driehonderd passagiers aan boord door het Amerikaanse oorlogsschip Vincennes in de Perzische Golf op 3 juli 1988, zou Ayatollah Khomeini opdracht hebben gegeven tot de vernietiging van vier Amerikaanse luchtvaartuigen. De Iranese Minister van Binnenlandse Zaken zou de opdracht hebben gegeven aan de leider van de *Popular Front for the Liberation of Palestine – General Command* (PFLP-GC, een afsplitsing van de PFLP), Ahmed Jibril.<sup>7</sup> Libië en Iran worden ook wel als gezamenlijk verantwoordelijken aangewezen.<sup>8</sup> De ware toedracht zal naar alle waarschijnlijkheid nimmer aan het licht komen. Op deze plaats is met name van belang dat de aanslag op Pan Am 103 grote indruk maakte op de gehele (westerse) wereld en op de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk in het bijzonder.

De schok na de gebeurtenis boven Lockerbie heeft grote invloed gehad op de ontwikkelingen in de luchtvaartveiligheid, zij het dat de naleving van strenge en effectieve veiligheidsvoorschriften na verloop van tijd is verslapt.<sup>9</sup>

### 1.3 Onderzoeksvragen, aandachtspunten en structuur

Hieronder zullen allereerst de onderzoeksvragen van het onderhavige onderzoek worden geformuleerd. Daarna zullen enkele zaken die in het onderzoek een bijzonder prominente rol spelen kort worden uiteengezet. Tenslotte zal de opbouw van het onderzoek worden beschreven.

#### 1.3.1 Onderzoeksvragen

Naar aanleiding van de aanslagen van 11 september 2001 heeft de Raad van de Europese Unie het Kaderbesluit terrorismebestrijding aangenomen. Dit Kaderbesluit is voor Nederland geïmplementeerd door de WTM. Deze wet staat centraal in deze studie.

De WTM zal daarbij in de kern op drie punten worden onderzocht. Het betreft daarbij allereerst de begrippen terroristisch misdrijf en terroristisch oogmerk en de algeme-

<sup>5</sup> Appeal Court, High Court of Judiciary, Case no C104/01.

<sup>6</sup> P. Wilkinson, *Terrorism versus Democracy, The liberal state response*, Frank Cass London, 2000, p. 104, 112.

<sup>7</sup> P. St. John, *The Politics of Aviation Terrorism*, in P. Wilkinson and B.M. Jenkins (eds), *Aviation Terrorism and Security*, Frank Cass London, 1999, p. 38, 39; J. Swire, *A Statement on Behalf of the UK Families Group – Flight 103*, in Wilkinson and Jenkins (eds), *Aviation Terrorism and Security*, o.c., p. 136.

<sup>8</sup> W. Laqueur, *The new terrorism, Fanaticism and the arms of mass destruction*, Phoenix press, London, 2001, p. 171; B. Hoffman, *Inside terrorism*, Victor Gollancz, London, 1998, p. 190.

<sup>9</sup> M.A. Fainberg, *Aviation Security: Case Study*, in Y. Alexander and E.H. Brenner (eds.), *Terrorism and the Law*, Transnational Publishers, Ardsley, 2001, p. 15; O. Malik, *Aviation security before and after Lockerbie*, in Wilkinson and Jenkins (eds), *Aviation Terrorism and Security*, o.c., p. 123.

ne strafverhoging voor terroristische misdrijven die de inwerkingtreding van WTM heeft geïntroduceerd. Vervolgens wordt bijzondere aandacht besteed aan de uitbreiding van daderschap en strafbaarheid voor terroristische misdrijven zoals die bij de inwerkingtreding van de WTM heeft plaatsgevonden. Tenslotte zullen de strafverhogingen van de WTM worden beoordeeld in hun onderlinge verhouding en in hun verhouding tot eerdere strafverhogingen in verband met terrorisme.

Dit onderzoek zal daarmee gericht zijn op de beantwoording van de volgende vragen:

*Wat is de strafrechtelijke betekenis van het terroristisch misdrijf, het terroristisch oogmerk en de strafverhoging wegens terroristisch misdrijf van de Wet terroristische misdrijven en hoe passen deze in het systeem van het Nederlandse strafrecht?*

*Op welke wijze geeft de Wet terroristische misdrijven uitbreiding aan daderschap aan en strafbaarheid wegens terroristisch misdrijf en hoe moeten deze uitbreiding in het licht van het systeem van het Nederlandse materiële strafrecht worden gewaardeerd?*

*Hoe verhoudt de strafverhoging van de Wet terroristische misdrijven zich tot eerdere strafbaarstellingen van terrorisme en welke straf kan feitelijk voor terroristische misdrijven worden opgelegd wanneer het complex van gedragingen waaruit de uitvoering van een enkele aanslag of actie bestaat of zelfs een enkele gedraging als meerdere terroristische misdrijven kan worden gekwalificeerd?*

In een enkel geval zal het antwoord op deze vragen (verder) beïnvloed worden door latere wetwijzigingen. Die wijzigingen zullen dan uiteraard in de beantwoording van de betreffende vraag worden betrokken. Het manuscript is afgesloten op 31 januari 2007.<sup>10</sup>

### 1.3.2 Aandachtspunten

Bij beantwoording van de verschillende vragen zal voor een aantal zaken een bijzondere en terugkerende aandacht bestaan. Deze aandachtspunten worden hieronder aangestipt en (voor zover nodig) kort toegelicht.

#### 1.3.2.1 Terroristisch oogmerk en terroristisch misdrijf

De WTM introduceert het begrip terroristisch misdrijf in het Nederlandse strafrecht waardoor het Nederlandse strafrecht zich, sinds de inwerkingtreding van die wet, expliciet op daden van terrorisme richt.

Bepaalde misdrijven zijn volgens art. 83 Sr terroristische misdrijven indien zij worden begaan met een terroristisch oogmerk. Sinds de inwerkingtreding van de WTM omschrijft het Wetboek van Strafrecht in art. 83a het terroristisch oogmerk. De inhoudelijke beoordeling van zowel de omschrijving van het terroristisch oogmerk als die van het terroristisch misdrijf is van belang voor de beoordeling van de WTM zelf, voor beoordeling van de plaats van de WTM in en verenigbaarheid ervan met het strafrechtelijk systeem en voor waardering van de relatie tussen de WTM en eerdere wijzigingen van het strafrecht in verband met de gevaren van (internationaal) terrorisme.

---

<sup>10</sup> Met de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak tegen Samir A. van 20 februari 2001 (LJN: AZ0213) is dus geen rekening gehouden.

### 1.3.2.2 Strafverhoging voor terroristische misdrijven en doublures

Het centrale uitgangspunt van zowel het Kaderbesluit als de WTM is dat terroristische misdrijven met een hogere straf worden bedreigd dan gewone misdrijven. De strafverhoging zal als aandachtspunt allereerst een rol spelen bij de uiteenzetting van de eigen systematiek van de WTM. Vervolgens komt zij aan de orde bij de beoordeling van de compatibiliteit van deze systematiek met het systeem van het materiële strafrecht. Ten slotte vormt zij een voornaam element bij de beoordeling van de verhouding van de WTM tot eerdere aanpassingen van het materiële strafrecht in verband met de strafbaarstelling van of strafverhoging wegens manifestaties van (internationaal) terrorisme. In dat verband zal in dit onderzoek gesproken worden van *doublures binnen strafbaarstellingen*.

Van een *doublure* in de zin waarin die term in dit onderzoek wordt gebezigd, is sprake indien dezelfde strafwaardige omstandigheid meer dan eens in een sanctienorm is verdisconteerd. Het centrale uitgangspunt van de WTM is dat de sanctienormen voor bepaalde misdrijven wordt verhoogd wanneer zij als terroristisch misdrijf worden begaan. Hiervoor kwam ook reeds aan de orde dat de wereld al veel eerder dan 11 september 2001 opgeschrikt is door zeer schokkende terroristische daden die veel media-aandacht genereerden. Ook bleek dat naar aanleiding van deze gebeurtenissen praktische maatregelen zijn genomen die gericht waren op het voorkomen van herhaling van dit soort feiten. Voor zover strafbaarstellingen destijds naar aanleiding van deze of soortgelijke gebeurtenissen aan het fenomeen internationaal terrorisme zijn aangepast of daarvoor expliciet streng genoeg geacht werden, is verhoging van de sanctienorm met het enkele argument dat terroristische misdrijven strenger dienen te (kunnen) worden bestraft dan gewone misdrijven op zichzelf misplaatst.

De buitengewone omvang en intensiteit van de aanslagen van 11 september 2001 kunnen uiteraard aanleiding vormen voor een heroverweging van de sanctienormen van bepaalde misdrijven. Dan is ook zeker denkbaar dat sommige sanctienormen in dat licht onvoldoende streng geoordeeld worden. Onder die omstandigheden bestaan geen bezwaren tegen verhoging van de betreffende sanctienorm. De verhoging van de straf dient dan afgestemd te worden op de toegenomen strafwaardigheid van het betreffende terroristische misdrijf. Dat is iets fundamenteel anders dan dat de strafverhoging wordt afgestemd op het feit dat het betreffende misdrijf ook als terroristisch misdrijf kan worden begaan. Dat feit was dan immers reeds in de sanctienorm verdisconteerd. Wanneer het feit dat een bepaald misdrijf (tevens) een terroristisch misdrijf is meer dan éénmaal in een bepaalde strafbaarstelling is verdisconteerd is sprake van een *doublure binnen een strafbaarstelling*. De *doublures binnen strafbaarstellingen* spelen dus vooral een rol bij de beantwoording van de vraag naar de verhouding van de WTM tot oudere strafwetgeving ter bestraffing van manifestaties van terrorisme.

Doublures kunnen daarnaast ook voorkomen *tussen* strafbaarstellingen. Van doublures tussen strafbaarstellingen is sprake indien gelijktijdig meerdere strafbepalingen van toepassing zijn of lijken die (geheel of gedeeltelijk) hetzelfde verwijt inhouden. Met name wanneer het ene misdrijf niet of nauwelijks bestaanbaar is zonder dat tevens het ander wordt gepleegd, zal van een doublure tussen strafbaarstellingen sprake kunnen zijn. Noodzakelijk is dat niet. Voor zover de regelingen omtrent samenloop en specialiteit de rechter voorschrijven dat slechts een enkele strafbepaling wordt toegepast, kan van

een doublure geen sprake zijn. De verdachte krijgt hetzelfde verwijt immers niet meerdere keren tegengeworpen.

Waar in het vervolg van dit onderzoek gesproken wordt van doublures zullen daarmee in de regel doublures *binnen* strafbaarstellingen bedoeld worden. Voor zover met doublures wordt bedoeld op doublures tussen strafbaarstellingen zal dit duidelijk worden aangegeven. In de regel zullen deze evenwel als samenloopproblemen worden aangeduid.

### 1.3.2.3 Uitbreiding van strafbaarheid

De strafrechtelijke bestrijding van terrorisme bestaat niet slechts in strafverhoging maar ook in uitbreiding van strafbaarheid. Het gaat dan niet om nieuwe strafbaarstellingen van terroristische aanslagen of acties. Die zijn immers allemaal reeds strafbaar gesteld. De uitbreidingen van strafbaarheid hebben (bijna) steeds betrekking op een gedraging die in een bepaalde verhouding staat tot een reeds bestaand misdrijf. Grofweg kunnen daarbij twee categorieën worden onderscheiden.

Allereerst gaat het om verruiming van strafbaarheid die is gebaseerd op handelingen die, ongeacht hun betekenis voor het misdrijf, voorheen straffeloos zijn gelaten vanwege hun temporele afstand tot het misdrijf waarvan de strafbaarheid van die handelingen nu wordt afgeleid. Materieel is steeds sprake van een onvolkomen delictvorm. Formeel kan het zowel gaan om zelfstandige strafbaarstellingen als om onvolkomen delictvormen. Een voorbeeld van uitbreiding in de vorm van een onvolkomen delictvorm biedt de algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen in art. 46 Sr. Een voorbeeld van uitbreiding door zelfstandige strafbaarstelling biedt de samenspanning van art. 96 lid 1 Sr.

Nu bestond art. 96 lid 1 Sr reeds bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht. In zoverre bevat die bepaling geen verruiming. Voor zover aan de opsomming van art. 96 lid 1 Sr later nieuwe bepalingen zijn toegevoegd en voor zover later op andere plaatsen samenspanning zelfstandig strafbaar is gesteld, is, in ieder geval voor zover het betreffende misdrijf reeds strafbaar was, wel van een uitbreiding sprake.

Met de inwerkingtreding van de WTM is de samenspanning tot een groot aantal terroristische misdrijven dat daarvoor reeds strafbaar was (maar waartoe de samenspanning straffeloos bleef) strafbaar gesteld. Met deze verruiming van strafbaarheid geeft de wetgever invulling aan de gedachte dat bij terrorisme voorkomen beter is dan genezen.

Bij de tweede categorie verruiming van strafbaarheid gaat het om de vergroting van het spectrum van bijdragen aan een misdrijf dat strafrechtelijk relevant wordt geacht. Personen wier bijdrage tot de strafbare gedraging (het gepleegde misdrijf, de strafbare poging daartoe of de strafbare voorbereiding daarvan) te gering is, zijn vanzelfsprekend niet strafbaar. Een voorbeeld van deze categorie van verruiming biedt onderdeel 2° van het tweede lid van art. 96 2 Sr. Indien onderdeel 2° van het tweede lid van art. 96 Sr op een bepaald misdrijf van overeenkomstige toepassing wordt verklaard, wordt een handeling die sterk lijkt op die van art. 46a Sr (poging tot uitlokking) strafbaar ten aanzien van dat misdrijf. Voor strafbaarheid is dan evenwel niet langer vereist dat het trachten te bewegen plaatsvindt door aanwending van één van de in art. 47 lid 1 onder 2° opgesomde uitlokkingsmiddelen.

Alhoewel de handeling die in art. 96 lid 2 onderdeel 2° Sr wel en in art. 46a Sr niet strafbaar is gesteld in de chronologie van gebeurtenissen die in het misdrijf culmineren helemaal niet dichterbij het misdrijf hoeft te zitten dan de handeling die in art. 46a Sr strafbaar is gesteld, wordt toch uitbreiding gegeven aan het spectrum van strafbare handelingen met betrekking tot dat misdrijf. Ook bij deze categorie gaat het steeds om gedragingen waarvan de strafbaarheid is afgeleid van een bepaald misdrijf (of een bepaalde categorie misdrijven of alle misdrijven).

Waar het bij de eerste categorie materieel steeds gaat om een onvolkomen delictvorm gaat het bij de gevallen uit de tweede categorie materieel steeds om een vorm van deelneming. Deze deelnemingsvorm kan strafbaar zijn gesteld als deelneming in het algemeen deel. Evenzeer is het mogelijk om de deelnemingsvorm te gieten in de vorm van een zelfstandig misdrijf in het bijzonder deel.

Met de inwerkingtreding van de WTM is ook door deze tweede categorie uitbreiding gegeven aan strafbaarheid. Dat geldt in ieder geval voor die terroristische misdrijven waarop art. 96 lid 2 Sr van overeenkomstige toepassing is verklaard. Mogelijk geldt hetzelfde voor de wijze waarop deze wet invulling geeft aan de deelneming aan een criminele of terroristische organisatie en voor de wijze waarop de rekrutering van art. 205 Sr is aangepast. Met deze wijze van uitbreiding van strafbaarheid wordt invulling gegeven aan de opvatting dat iedereen die, op welke wijze dan ook, betrokken is bij het plegen van terroristische aanslagen daarvoor bestraft moet kunnen worden.

Het onderhavige onderzoek zal zich onder meer richten op het beantwoorden van de vragen op welke wijze de wetgever voor terroristische misdrijven de strafbaarheid heeft uitgebreid en of en, zo ja, hoe deze uitbreidingen in het strafrechtelijk systeem passen.

### **1.3.3 Blauwdruk van het onderzoek**

In de hoofdstukken 2, 3, 4, 5 en 6 komt een drietal thema's met betrekking tot de WTM aan de orde.

In hoofdstuk 2 zal aandacht worden besteed aan de wijze waarop het Wetboek van Strafrecht terroristische misdrijven omschrijft. In dat kader wordt ook de vraag beantwoord of de Nederlandse implementatie in lijn is met het kaderbesluit. Tevens wordt daar onderzocht of de omschrijving van terroristische misdrijven voldoende aansluit bij de aanleiding voor het kaderbesluit, de aanslagen van 11 september 2001 in New York, Washington en Pennsylvania.

Het tweede thema is daderschap. In hoofdstuk 3 zal getracht worden de vraag te beantwoorden of de wens om omvangrijke aanslagen waarbij veel burgerslachtoffers (kunnen) vallen door de inzet van het strafrecht te voorkomen niet leidt tot een te grote verwijdering van de uitgangspunten van ons reactieve daadstrafrecht. Komt de nadruk niet te veel te liggen op de (vermeende) kwade wil van de betrokkenen, ook wanneer er nog niets aan de hand is? En is dat niet juist wanneer deze kwade wil verondersteld wordt voort te vloeien uit een politieke of religieuze overtuiging (hetgeen bij terroristische misdrijven vaak het geval zal zijn) extra bezwaarlijk? Daarnaast lijken allerlei vormen van samengestelde deelneming mogelijk waarvan de strafwaardigheid

niet altijd evident is. Het gaat dan dus vooral om uitbreidingen van strafbaarheid door de WTM.

In hoofdstuk 4 wordt de aandacht verlegd naar de verhouding tussen de verschillende terroristische misdrijven onderling. Dat is het derde thema. In hoeverre bergen bepaalde terroristische misdrijven een dubbele strafverhoging in verband met terrorisme in zich? Het gaat hier dus om *doublures* binnen strafbaarstellingen. In dit hoofdstuk gaat het daarbij om de Misdrijven tegen de veiligheid van de staat, Misdrijven tegen de koninklijke waardigheid, Misdrijven tegen hoofden van bevriende Staten en andere internationaal beschermde personen en Misdrijven betreffende de uitoefening van staatsplichten en staatsrechten (Tweede Boek, Titels I, II, III en IV WvSr).

Hoofdstuk 5 betreft hetzelfde thema als hoofdstuk 4, maar dan met betrekking tot strafbaarstellingen die het gevolg zijn van VN-verdragen tegen verschillende vormen van terrorisme. De misdrijven die ter implementatie van deze verdragen strafbaar zijn gesteld of waarvan de sanctienormen in dat kader zijn verhoogd of voldoende hoog zijn geoordeeld zijn met de inwerkingtreding van de WTM bijna allemaal mede terroristische misdrijven geworden. Ten aanzien van deze misdrijven kunnen dezelfde terroristische kenmerken die de strafverhoging van de WTM (moeten) rechtvaardigen in het verleden reeds een rechtvaardiging voor verhoging van het wettelijk strafmaximum gevormd hebben.

Hoofdstuk 6 sluit aan op dit laatste thema. In dat hoofdstuk staat de verhouding van terroristische misdrijven onderling en met andere misdrijven centraal. Daar gaat het dus om de samenloop van (terroristische) misdrijven. Op die plaats zal besproken worden welke specifieke samenloopproblemen door de inwerkingtreding van de WTM zijn ontstaan. Tevens zal beoordeeld worden hoe de Hoge Raad, in het licht van zijn samenloopjurisprudentie, geacht kan worden met deze gevallen om te gaan. Tenslotte zal bezien worden in hoeverre voor de samenloopjurisprudentie (in het bijzonder in verband met de gevallen van samenloop die door de WTM zijn ontstaan) aanpassingen geraden zouden zijn.

In hoofdstuk 7 zullen de voornaamste bevindingen van het onderzoek worden samengevat aan de hand van de onderzoeksvragen en de hiervoor benoemde aandachtspunten. Tot slot zal een eindconclusie worden getrokken.

#### **1.4 Algemene beschouwingen voorafgaand aan het onderzoek**

Op deze plaats zal een beperkt aantal algemene opmerkingen worden gemaakt over een drietal onderwerpen waarover vele malen meer kan worden (en feitelijk is) geschreven. Een uitgebreide bespreking van die onderwerpen gaat het bestek van dit onderzoek te buiten. Toch kan voor een goed begrip van de volgende hoofdstukken een korte bespreking van de betreffende onderwerpen niet worden gemist. Het gaat dan om het begrip *terrorisme*, het Kaderbesluit terrorismebestrijding en de eisen die in de Nederlandse strafrechtsdogmatiek zijn ontwikkeld voor de strafbaarstelling en bestraffing van gedragingen.



### 1.4.1 Terrorisme

Eén van de allereerste conclusies waartoe iedere studie naar het concept terrorisme aanleiding zal geven, is dat over de inhoud van dit begrip onmogelijk overeenstemming te bereiken lijkt. Dat probleem speelt zowel binnen literatuur over het onderwerp als binnen (internationale) politieke en wetgevende fora. Omdat in het onderhavige onderzoek het woord terrorisme regelmatig voorkomt (zowel als door mijzelf als door anderen gebezigde term) is een korte uiteenzetting over de betekenis(sen) van deze term noodzakelijk.

#### 1.4.1.1 Gebruik van de term terrorisme

Het gebruik van de term ‘terrorisme’ voor bepaalde vormen van politiek geweld raakt eind zestigerjaren van de twintigste eeuw in zwang.<sup>11</sup> Het gaat dan om het zogenaamde ‘moderne terrorisme’.<sup>12</sup> In deze tijd laaien enkele van de meest met terrorisme geassocieerde conflicten, hoe verschillend ook in ontstaansgeschiedenis, fel op. Ter illustratie volgen hieronder enkele voorbeelden.

Na de smadelijke nederlaag van de Arabische staten Egypte, Jordanië en Syrië in de zesdaagse oorlog in 1967 tegen Israël begonnen extremistische Palestijnse groeperingen als Fatah en het PFLP met aanvallen op Israël vanuit de buurlanden. Vanwege de harde Israëlische reacties tegen de buurlanden en het geringe succes van de Palestijnse aanvallen voelden de Palestijnse groepen zich genoodzaakt nieuwe tactieken te ontwikkelen. Door middel van vliegtuigkapingen kreeg de ‘Palestijnse zaak’ internationale aandacht en werden concessies van de Israëlische regering verkregen.<sup>13</sup>

In dezelfde periode groeide in het toenmalige West-Duitsland studentenprotesten tegen Amerikaans imperialisme, de oorlog in Vietnam en Duitse autoriteiten en autoriteitsfiguren die geassocieerd werden met het Duitse Naziverleden. Gewelddadige confrontaties met de politie culmineerden in het doodschieten van een student tijdens een demonstratie tegen het bezoek van de Shah van Iran in 1967 en het platbranden van twee warenhuizen in Frankfurt tien maanden later. Dit was het begin van een campagne van moord en ontvoering door de RAF die tot ver in de tachtigerjaren zou voortduren.<sup>14</sup>

Engelse overheersing in Ierland is al meer dan zevenhonderd jaar oud. Gedurende deze tijd zijn er in Ierland vele opstanden en onlusten geweest. In 1800 werd Ierland door de ‘Act of Union’ onderdeel van het Verenigd Koninkrijk. In 1916 werd op tweede paasdag in het zuiden de Republiek Ierland uitgeroepen. Deze paasopstand werd bloedig neergeslagen door de Engelsen. Vanaf 1920 kregen de zesentwintig zuidelijke Counties zelfbestuur, in 1921 kreeg dit gebied de status van vrijstaat in het Engelse Gemenebest en in 1937 ontstond de Republiek Ierland. De zes Noordelijke counties kregen wel een eigen parlement, maar dit bleef ondergeschikt aan Westminster. Feitelijk werd Noord-Ierland gedomineerd door de Protestantse Unionisten.

<sup>11</sup> A. Guelke, *The age of terrorism and the international political system*, I.B. Tauris Publishers, London, 1995, p. 2.

<sup>12</sup> Later in dit onderzoek zal nog blijken dat ook (veel) oudere vormen van (politiek of religieus) geweld wel als terrorisme worden aangemerkt.

<sup>13</sup> Guelke, *The age of terrorism and the international political system*, o.c., p. 54, 55.

<sup>14</sup> Guelke, *The age of terrorism and the international political system*, o.c., p. 88-99; D.J. Whittaker, *The Terrorism reader*, 2nd edition, 2003, Routledge, London, p. 196-206.

Grootschalige protesten gericht op gelijkheid en emancipatie luidden aan het eind van 1968 het begin van dertig jaar geweld tussen paramilitaire groepen (IRA en UDA) en de Noord-Ierse en Engelse autoriteiten in.<sup>15</sup>

Libië (1969), Argentinië (1970) Spanje (1962) en Italië (1970) bieden andere voorbeelden van de opkomst van terrorisme in de zestiger- en zeventigerjaren.<sup>16</sup>

Toch is terrorisme als onderwerp van aandacht van de internationale gemeenschap niet ontstaan in de zestiger- en zeventigerjaren. In 1937 duikt de term al op in internationale instrumenten. In dat jaar kwamen in het kader van de Volkenbond twee verdragen tot stand in reactie op de aanslag op de koning van Joegoslavië en de Franse minister van buitenlandse zaken in Marseille in 1934: het Verdrag ter Voorkoming en Bestrafing van Terrorisme en het Verdrag tot Oprichting van een Internationaal Strafhof. De bevoegdheid van het Strafhof gold slechts de misdrijven waarop het Verdrag ter Voorkoming en Bestrafing van Terrorisme zag, te weten: ‘Criminele feiten gericht tegen een Staat waarvan het doel of de aard is het veroorzaken van terreur gericht tegen bepaalde personen, groepen of de bevolking’. Logischerwijs was de inwerkingtreding van het tweede verdrag dan ook afhankelijk gesteld van de inwerkingtreding van het eerste. Voornamelijk vanwege het uitbreken van de Tweede Wereldoorlog zijn de verdragen nimmer in werking getreden.<sup>17</sup>

#### 1.4.1.2 Definitie van terrorisme

Het blijkt al decennia lang nagenoeg onmogelijk een werkbare algemene definitie van terrorisme te geven waarin een ieder zich vinden kan. Een eerste oorzaak daarvan is dat de term niet gereserveerd is voor een bepaald fenomeen maar juist wordt gebruikt om zeer verschillende vormen van geweld te omschrijven.<sup>18</sup> In het moderne West Europa wordt zowel het geweld van de RAF als dat van Al-Qaida als terrorisme aangemerkt. Tussen beide groeperingen, hun motieven en het soort geweld (gebruikte wapens en gekozen doelwitten) waarvan zij zich bedien(d)en bestaan meer verschillen dan overeenkomsten. Het vatten van deze beide vormen van politiek geweld in een enkele definitie is geen sinecure.

Dat neemt evenwel niet weg dat er in (internationale) literatuur veel definities van terrorisme zijn te vinden en dat tussen veel van die definities sterke overeenkomsten bestaan.

Enkele gezaghebbende definities zijn:

(T)he deliberate creation and exploitation of fear through violence or the threat of violence in the pursuit of political change.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Guelke, *The age of terrorism and the international political system*, o.c., p. 106-108; Whittaker, *The Terrorism reader*, o.c., p. 101-105.

<sup>16</sup> Whittaker, *The Terrorism reader*, o.c., p. 66, 123, 138, 214.

<sup>17</sup> P.J. van Krieken, *Terrorism and the International Legal Order*, 2002, T.M.C. Asser Press, Den Haag, p. 1, 2.

<sup>18</sup> Laqueur, *The new terrorism*, o.c., 2001, p. 5, 6; C. A. Ward, *Building capacity to combat international terrorism: the role of the United Nations Security Council*, *Journal of Conflict and Security Law*, December 2003, C&S Law 2003.8(289).

<sup>19</sup> Hoffman, *Inside terrorism*, o.c., p. 43.

Terrorism is defined as the calculated employment or the threat of violence by individuals, sub national groups and state actors to attain political, social and economic objectives in the violation of law, intended to create an overwhelming fear in a target area greater than the victims attacked or threatened.<sup>20</sup>

Terrorism is the systematic use of coercive intimidation, usually to service political ends. It is used to create and exploit a climate of fear among a wider target group than the immediate victims of the violence, and to publicise a cause, as well as to coerce a target to acceding to the terrorists' aims.<sup>21</sup>

De definities die in de literatuur gebruikt worden, wijken nauwelijks af van de definities waarvan inlichtingen- en veiligheidsdiensten en andere overheidsorganen zich bedienen.

De Nederlandse Algemene Inlichtingen en Veiligheidsdienst (AIVD) gaat uit van de volgende definitie:

Terrorisme is het plegen van of dreigen met op mensenlevens gericht geweld, met als doel maatschappelijke veranderingen te bewerkstelligen of politieke besluitvorming te beïnvloeden.<sup>22</sup>

Verschillende Amerikaanse ministeries en diensten maken gebruik van de volgende definities, waarvan de eerste twee aan wettelijke regelingen ontleend zijn:

The unlawful use of force and violence against persons or property to intimidate or coerce a government, the civilian population, or any segment thereof, in furtherance of political or social objectives.<sup>23</sup>

The term "terrorism" means premeditated, politically motivated violence perpetrated against noncombatant targets by sub national groups or clandestine agents, usually intended to influence an audience.<sup>24</sup>

The calculated use of unlawful violence or threat of unlawful violence to inculcate fear; intended to coerce or to intimidate governments or societies in the pursuit of goals that are generally political, religious, or ideological.<sup>25</sup>

Uit het enkele feit dat verschillende ministeries van eenzelfde staat verschillende definities van hetzelfde concept hanteren, blijkt reeds dat een enkele definitie die voor alle doeleinden even geschikt is moeilijk kan worden gegeven.

In al de hier geciteerde definities is het element (dreigen met) geweld opgenomen. Daarnaast wordt in alle definities een politiek element (motief of doel) genoemd. De

<sup>20</sup> Y. Alexander, *Terrorism: A Definitional Focus*, in: Alexander and Brenner (eds.), *Terrorism and the Law*, o.c., p. 7.

<sup>21</sup> Wilkinson, *Terrorism versus Democracy*, o.c., p. 12, 13.

<sup>22</sup> Rapport *Terrorisme aan het begin van de 21e eeuw; dreigingsbeeld en positionering*, BVD, 15 april 2001, *Den Haag*, p. 9.

<sup>23</sup> U.S. Department of Justice, Federal Bureau of Investigation, *Terrorism in the United States 1999*, p. i, overgenomen uit: Title 28 Code of Federal Regulations, Section 0.85.

<sup>24</sup> Department of State Publication 11038, *Patterns of Global Terrorism*, Washington, 2003, p. xiii, overgenomen uit: Title 22 of the United States Code, Section 2656f (d).

<sup>25</sup> Department of Defense, *Dictionary of Military and Associated Terms*, 2001, geamendeerde versie (2005), p. 538.

aanwezigheid van het politieke element is overigens niet in alle definities een even harde eis. Als alternatieven voor een politiek doel of motief worden ook wel *economische*, *sociale*, *religieuze* of *ideologische* doeleinden genoemd. In een enkel geval maakt het woord *usually* duidelijk dat de afwezigheid van een politiek doel of motief niet zonder meer betekent dat niet van terrorisme sprake kan zijn.

Verskillende definities benadrukken dat het veroorzaken van angst in een wijdere kring dan die van de directe slachtoffers of het beïnvloeden van een publiek wezenlijke elementen van het fenomeen zijn. In een enkel geval worden eisen gesteld aan de hoedanigheid van de slachtoffers (burgers, niet-militairen) of is vereist dat sprake is van het dwingen of intimideren van een persoon (of groep), een regering of een samenleving.

Niettegenstaande het feit dat een aantal elementen steeds terug lijkt te keren en daarmee een aantal wezenskenmerken van het fenomeen terrorisme lijkt weer te geven, blijven er verschillen zichtbaar. Geen van deze definities heeft voldoende navolging gevonden om als algemeen erkende definitie aangemerkt te kunnen worden. Dat is niet slechts het gevolg van het feit dat een zeer groot aantal zeer verschillende verschijnselen onder dezelfde noemer moeten worden gebracht. Er blijken nog verschillende andere complicerende factoren te bestaan ten aanzien van de definiëring van terrorisme.

De betekenis van de term terrorisme is allereerst aan veranderingen onderhevig. De herkomst van de term dateert van de Franse revolutie. De jaren 1793–1794 (*règne de la terreur*) werden gekenmerkt door onderdrukking, opschorting van rechten en executies door middel van de guillotine. In die tijd had de term *terreur* een positieve betekenis. Het betrof een beleid dat erop gericht was het nieuwe bestuur dat de macht van de koning en de adel had overgenomen in het zadel te houden. In deze originele betekenis had de term *terreur* juist betrekking op de verwezenlijking van de democratie. Later, in de periode 1850–1920 ging het vooral om revolutionair geweld tegen staatshoofden, regeringsleiders en hun gezinsleden. In de dertigerjaren van de twintigste eeuw werd terrorisme ook wel gebruikt als benaming voor de behandeling van burgers door dictatoriale regimes. Na de tweede wereldoorlog kreeg de term steeds meer zijn huidige betekenis. In eerste instantie betrof het daarbij gewelddadig verzet tegen koloniale machten. Later boden ook steeds meer andere ideologieën (marxisme, verschillende extreme geloofsinterpretaties) de rechtvaardiging voor geweld dat als terrorisme werd aangemerkt.<sup>26</sup> Het vaststellen van een definitie van een begrip dat van betekenis verandert, is vanzelfsprekend niet eenvoudig. Die definitie kan dan hooguit een voorlopige zijn.

Tegenwoordig heeft de term terrorisme nog slechts een negatieve connotatie. Ook wanneer we ons bepalen tot duiding van het fenomeen in deze negatieve betekenis blijft discussie bestaan. Nu juist vanwege die negatieve connotatie. Kwalificatie van een persoon als terrorist houdt een diskwalificatie van die persoon in. Wie sympathiseert met de doelen van een bepaalde persoon of groepering zal zich ertegen verzetten dat die persoon of groepering als terrorist(isch) wordt weggezet. Het probleem wordt

---

<sup>26</sup> Hoffman, *Inside terrorism*, o.c., p. 15–26.

kernachtig weergegeven in de Engelse zin: *one man's terrorist is another man's freedomfighter*.<sup>27</sup>

Opvattingen binnen een samenleving over wat als terrorisme heeft te gelden kunnen in de loop der tijd volledig veranderen, getuige ook het volgende citaat:

Almost four centuries ago in Holland, in August of the year 1618, a young man, then in his mid-thirties, was captured by the Dutch authorities. In May the following year he was convicted and sent to prison for life, or perhaps even for eternity. While he never, as far as I am aware, employed violent means, the Dutch authorities would most likely have labelled him a 'terrorist' if the word had been coined by then, for he disagreed with the authorities on a fundamental issue of religion.

Our young man was, of course, Hugo de Groot, better known abroad as Grotius. Having escaped from prison in an adventure that all Dutch schoolchildren know about, Grotius would later acquire fame as the father of international law.<sup>28</sup>

De persoon die op een bepaald moment in de geschiedenis dus als terrorist wordt aangemerkt, kan door opvolgende generaties juist beschouwd worden als iemand die een onmiskenbaar positieve invloed op de ontwikkeling van de mens of de samenleving heeft gehad. Eenzelfde persoon kan in een enkel mensenleven eerst als terrorist en later als held worden beschouwd. Dit kan dan samenhangen met de ontwikkeling van die persoon (bijvoorbeeld in de vorm van matiging van zijn opvattingen of het afzweren van geweld) of ontwikkeling van de publieke (wereld)opinie (meer oog voor de legitimiteit van de gevoerde strijd en meer begrip voor de grieven van de betreffende partij). Voorbeelden van dergelijke personen zijn de Israëlische oud-premier Menachem Begin (eerst militant Zionist, later winnaar Nobelprijs voor de vrede), oud-president van Zuid-Afrika Nelson Mandela (eerst militant antiapartheidsactivist, later winnaar Nobelprijs voor de vrede) en oud-voorzitter van de Palestijnse autoriteit Yasser Arafat (eerst als leider van de PLO betrokken bij allerlei aanslagen, later winnaar Nobelprijs voor de vrede).

Eenheid van tijd en plaats garandeert evenwel geenszins eenstemmigheid over het antwoord op de vraag wat als terrorisme en dus wie als terrorist heeft te gelden. Met name in een open pluriforme en multiculturele samenleving kunnen de opvattingen sterk uiteenlopen. Toegespijst op de huidige Nederlandse samenleving en het conflict in het Midden-Oosten kan geconstateerd worden dat een tamelijk grote (overwegend) christelijke gemeenschap sterk sympathiseert met Israël terwijl met name (een groot deel van) de Islamitische gemeenschap een sterke verwantschap met de Palestijnen voelt. Beide partijen in dat conflict (en in navolging daarvan hun sympathisanten) beschuldigen de andere partij van *terreur* en *terrorisme* terwijl zij hun eigen gewelddaden kwalificeren als *noodzakelijke zelfverdediging* of *gerechvaardigde vrijheidstrijd*.

Illustratief is in dat verband ook de volgende passage uit de brief die Mohammed B. met een mes aan het lichaam van Theo van Gogh hechtte na hem te hebben neergeschoten en hem de keel te hebben doorgesneden:

<sup>27</sup> E.R. Muller, R.F.J. Spaaij, A.G.W. Ruitenberg, Trends in terrorisme, Kluwer, Alphen aan de Rijn, 2003, p. 2.

<sup>28</sup> J. Klabbers, Rebel With A Cause? Terrorists And Humanitarian Law, European Journal of International Law, April 2003, EJIL 2003.14(299).

Geachte mevrouw Hirshi Ali,

Sinds uw aantreden in de politieke arena van Nederland bent u constant bezig om de Moslims en de Islam te terroriseren met uw uittalingen.

Partijen hebben er ook alle belang bij hun conflict in deze termen te beschrijven. Wie er in slaagt het beeld van zijn tegenstander als terrorist gemeengoed te laten worden en te laten domineren, heeft de (mondiale) publieke opinie op zijn hand. Niemand sympathiseert immers met terroristen.

De AIVD stelde het als volgt:

De oorzaak van het definitieprobleem moet vooral gezocht worden in de negatieve connotaties die vanouds aan terrorisme verbonden zijn en de daaruit voortvloeiende gretigheid van uiteenlopende politieke actoren om deze term te pas en te onpas te gebruiken. De daders zelf ontdoen zich daarentegen maar al te graag van het pejoratieve etiket terrorist en afficheren zich bij voorkeur als vrijheidstrijders, mudjahedeën (heilige strijders) of volkssoldaten. Daarmee is het gebruik of juist het bewust achterwege laten van de term terrorisme ook een politieke keuze.<sup>29</sup>

Een dergelijke politiek gekleurde (normatieve) invulling van het begrip *terrorisme* maakt conceptualisering ervan voor academische doeleinden vanzelfsprekend erg moeilijk. Het is ook de vraag of sociale wetenschappen zich in hun conceptualisering zouden moeten conformeren aan politieke beeldvorming. Raadzamer lijkt het te kiezen voor een objectieve, beschrijvende definitie. Het morele oordeel over een bepaald fenomeen moet volgen op de definitie van dat probleem en er niet in besloten liggen.<sup>30</sup> De hiervoor geciteerde definities passen in dat patroon. Zij bedienen zich van neutrale termen. Het feit dat deze definities niet overeenstemmen met de politiek-maatschappelijke invulling van het begrip *terrorisme* volgt dus niet uit het feit dat de definities te kort schieten maar uit het feit dat het perspectief voor sociaalwetenschappelijk onderzoek of inlichtingenwerk afwijkt van politieke retoriek en berichtgeving in de media.

Dan blijkt de tegenstelling tussen terrorisme en vrijheidstrijd ook een valse te zijn. De term vrijheidstrijd slaat op hetgeen waartoe de strijd moet leiden, het doel van de strijders dus. Terrorisme staat daarentegen, opgevat als neutraal begrip juist los van achterliggende ideologie of doelstelling. Immers:

Terrorism is not a philosophy or a movement. It is a method. But even though we may be able to identify cases where terrorism has been used for causes most liberals would regard as just, this does not mean that even in such cases the use of terrorism, which by definition threatens the most fundamental rights of innocent civilians, is morally justified.<sup>31</sup>

Waarom zou een bepaalde gewelddadige campagne óf vrijheidstrijd óf terrorisme moeten zijn en niet tegelijkertijd én vrijheidstrijd én terrorisme kunnen zijn? Wie aanvaardt dat terrorisme als methode los staat van het doel dat daarmee wordt nage-

<sup>29</sup> Rapport *Terrorisme aan het begin van de 21e eeuw; dreigingsbeeld en positionering*, BVD,

<sup>30</sup> M. Crenshaw, Introduction: Reflections on the Effects of Terrorism, in M. Crenshaw (red.), *Terrorism, Legitimacy, and Power, The Consequences of Political Violence*, Wesleyan University Press, Middletown, Connecticut, 1983, p. 2.

<sup>31</sup> Wilkinson, *Terrorism versus Democracy*, o.c., p. 13.

streefd, aanvaardt impliciet dat doel en middelen tegen elkaar moeten worden afgewogen en dat niet per definitie kan worden uitgesloten dat terrorisme soms gerechtvaardigd is. In het citaat wordt erop gewezen dat het feit dat de meest fundamentele rechten van onschuldige burgers worden bedreigd aan rechtvaardiging van terrorisme in de weg staat. De term *onschuldig* is echter bepaald niet neutraal. Of bepaalde burgers *onschuldig* zijn, hangt te zeer af van het ingenomen perspectief. Wie in de ogen van de één een *onschuldige* is, kan volgens de ander zeer wel een *ongelovige vijand van het ware geloof en de almachtige schepper* zijn. In die zin is de conceptualisering van de geciteerde auteur dus (te) normatief. De moordaanslag op een dictator is in een objectieve conceptualisering dus evengoed terroristisch als dezelfde aanslag op een democratisch gekozen staatshoofd of regeringsleider. Of beide aanslagen in hun morele verwerpelijkheid ook gelijk zijn, is dan een heel andere kwestie.

Vanuit een democratisch rechtsstatelijk perspectief bestaat weinig verschil van mening over het antwoord op de vraag of de vrijheidstrijd van het ANC tegen het Zuid-Afrikaanse apartheidsregime moreel te rechtvaardigen was. Het antwoord op die vraag luidt vrij algemeen: ja. Over het antwoord op de vraag of het ANC een terroristische organisatie was, lopen de meningen uiteen. De organisatie blies bewust overheidsgebouwen op waarbij ook, onbedoeld, doden gevallen zijn. Sommige auteurs wijzen erop dat het ANC geen terroristische organisatie was omdat het streed voor vrijheid en recht.<sup>32</sup> Omdat iedere organisatie die haar religieuze of politieke agenda door middel van geweld tracht te realiseren altijd zal stellen dat zij strijd voor vrijheid en rechtvaardigheid (of eventueel een andere volgens haar nog hogere waarde of waarheid) blijft een dergelijke conceptualisering erg ‘westers’ en erg moreel. Om die reden stellen andere auteurs dat het ANC wel degelijk een terroristische organisatie was maar dat daarmee geen oordeel wordt gegeven over de rechtvaardigheid van de door die organisatie gevoerde strijd.<sup>33</sup>

In het onderhavige onderzoek zal de term *terrorisme* in deze laatste objectieve betekenis worden gebezigd. De elementen die de hiervoor geciteerde definities gemeen hebben vervullen een belangrijke rol bij de concrete invulling van het begrip. Toch betekent dat niet dat steeds alle elementen aanwezig zijn. Zo werd en wordt de zelfmoordaanslag op het Amerikaanse marineschip de U.S.S. Cole in Yemen in oktober 2000 algemeen aangemerkt als terroristische aanslag. Deze aanslag was evenwel niet gericht tegen burgers maar tegen militairen. Verschillende van de hiervoor geciteerde definities verzetten zich tegen de kwalificatie van deze aanslag als terrorisme. Het lijkt erop dat ook andere factoren dan het antwoord op de vraag of een gebeurtenis past in een bepaalde definitie van terrorisme (soms) tevens een rol spelen bij de vaststelling dat van terrorisme sprake is.

Zo nu en dan lijkt de kwalificatie van een bepaalde gewelddaad meer opgehangen te worden aan de persoon of de overtuiging van de dader of de organisatie namens welke hij optreedt dan aan de aard van de daad. In het licht van het politieke gebruik van de term mag dat niet verbazen. In het onderhavige onderzoek zal ook aandacht worden besteed aan enkele aanslagen die (strikt genomen) buiten de (sociaal-)wetenschappelijke

<sup>32</sup> A. Ellian, Hoop en wanhoop van de nieuwe oorlog, in M.M. Dolman (red.), *Terrorisme, Europa en strafrecht*, Vossiuspers UvA, Amsterdam, 2003, p. 32.

<sup>33</sup> Crenshaw, Introduction: Reflections on the Effects of Terrorism, o.c., p. 2.

lijke conceptualisering van terrorisme vallen. Dat kan dan worden gerechtvaardigd doordat deze aanslagen wel degelijk betekenis gehad (kunnen) hebben voor de totstandkoming van bepaalde instrumenten die van belang zijn voor de strafrechtelijke bestrijding van terrorisme.

#### 1.4.2 Aanleiding voor de WTM: het kaderbesluit inzake terrorismebestrijding

Nog voordat de rook boven New York goed en wel is opgetrokken komt de Commissie van de EG op 19 september 2001 met een voorstel voor een kaderbesluit van de Raad inzake terrorismebestrijding.<sup>34</sup> Op 13 juni 2002 neemt de Raad het definitieve kaderbesluit, dat slechts op enkele punten van het ontwerp afwijkt, aan.<sup>35</sup>

Het kaderbesluit verplicht de lidstaten er in art. 1 toe om gedragingen die aan een vijftal cumulatieve eisen voldoen aan te merken als terroristische misdrijven. In de eerste plaats moet het gaan om opzettelijke gedragingen. De tweede eis is dat deze gedragingen door hun aard of context een land of internationale organisatie ernstig kunnen schaden. Daarnaast gaat het om bestaande strafbare feiten. De lidstaten zijn dus niet verplicht om gedragingen strafbaar te stellen die zij tot dan toe welbewust straffeloos hebben gelaten. Ten vierde kan slechts sprake zijn van een terroristisch misdrijf in de zin van het kaderbesluit wanneer het strafbaar feit werd begaan met het oogmerk om een bevolking ernstig vrees aan te jagen, de overheid of een internationale organisatie op onrechtmatige wijze tot enig doen of nalaten te dwingen of de politieke, constitutionele, economische of sociale basisstructuren van een land of internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen. Slechts van één van deze drie oogmerken hoeft sprake te zijn om van een terroristisch misdrijf te kunnen spreken. Ten slotte wijst het kaderbesluit bepaalde (categorieën) delicten aan die als terroristisch misdrijf kunnen worden begaan. Het gaat dan onder meer om (het dreigen met) de aanslag op het leven van een persoon, de ernstige schending van de lichamelijke integriteit van een persoon, ontvoering of gijzeling, kaping van transportmiddelen voor het vervoer van personen of goederen, vervaardiging, bezit of gebruik van vuurwapens, springstoffen en ABC-wapens en het veroorzaken van ontploffingen waardoor mensenlevens in gevaar worden gebracht.

Art. 2 Kaderbesluit handelt over *strafbare feiten met betrekking tot een terroristische groep*. Het eerste lid van deze bepaling geeft aan wat onder een terroristische groep moet worden verstaan. Het gaat daarbij om meer dan twee personen die zich gestructureerd verenigd hebben om terroristische misdrijven te plegen. De bepaling geeft inhoud aan die structuur en die vereniging door te eisen dat de groep sinds enige tijd bestaat en dat de leden ervan in overleg optreden. Wanneer de vereniging toevallig tot stand komt om onverwijld een strafbaar feit te plegen zoals bij demonstraties nog al eens het geval zal zijn, is geen sprake van een groep als bedoeld in deze bepaling. De bepaling eist evenwel nadrukkelijk niet dat sprake is van *formeel afgebakende taken van de leden, van continuïteit in de samenstelling of een ontwikkelde structuur*.

Het tweede lid van deze bepaling verplicht lidstaten om het opzettelijk leiden van een dergelijke groep of het opzettelijk deelnemen aan de activiteiten van een dergelijke groep strafbaar te stellen. Onder de opzettelijke deelneming wordt onder meer verstaan:

<sup>34</sup> 2001 / C 332 E / 17.

<sup>35</sup> 2002 / 475 / JBZ.



het verstrekken van gegevens of middelen aan de groep of het in enigerlei vorm financieren van de activiteiten van de groep, wetende dat deze deelneming bijdraagt aan de criminele activiteiten van de groep.

Naast terroristische misdrijven noemt het Kaderbesluit *strafbare feiten in verband met terroristische activiteiten* (art. 3 Kaderbesluit). Het betreft daarbij strafbare feiten die gepleegd worden met oogmerk om een terroristisch misdrijf te kunnen plegen. Het gaat om gekwalificeerde diefstal, afpersing en het valselijk opmaken van administratieve documenten. De eerste twee feiten zijn strafbare feiten in verband met terroristische activiteiten wanneer zij worden begaan met het oogmerk om één van de in art. 1 Kaderbesluit genoemde misdrijven te verwezenlijken. Het laatste feit is een dergelijk strafbaar feit wanneer het oogmerk ziet op de verwezenlijking van de in art. 1 lid 1 Kaderbesluit genoemde misdrijven met uitzondering van de terroristische bedreiging. Het valselijk opmaken van administratieve documenten is tevens een dergelijk strafbaar feit wanneer het wordt begaan met het oogmerk om de deelneming aan een terroristische groep te verwezenlijken.

Art. 4 lid 1 Kaderbesluit verplicht tot strafbaarstelling van uitlokking van of medeplichtigheid aan de in de art. 1 tot en met 3 Kaderbesluit genoemde feiten. Het tweede lid verplicht tot de strafbaarstelling van poging tot die feiten met uitzondering van de poging tot bezit van allerlei wapens en de poging tot bedreiging.

De straffen die op feiten van de art. 1 tot en met 4 Kaderbesluit worden gesteld, moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. De straffen voor terroristische misdrijven moeten kunnen leiden tot uitlevering (art. 5 lid 1 Kaderbesluit). Het kaderbesluit verplicht de lidstaten er tevens toe om in geval een misdrijf als terroristisch misdrijf wordt begaan te voorzien in een hogere straf tenzij het nationale recht voor het betreffende feit reeds de hoogste straf kent. (art. 5 lid 2 Kaderbesluit). Daarnaast moet de deelneming aan een groep die het plegen van terroristische misdrijven beoogt een strafmaximum van ten minste acht jaren gevangenisstraf en het leidinggeven aan een zodanige groep een strafmaximum van ten minste vijftien jaren gevangenisstraf kennen. Indien het echter gaat om het leidinggeven aan een terroristische groep die slechts dreigementen wil uiten, mag op het leiding geven een straf van acht jaren of meer worden gesteld (art. 5 lid 3 Kaderbesluit).

Wanneer een lidstaat uitlevering aan een andere lidstaat of een derde staat weigert moet deze lidstaat in staat zijn de verdachte zelf te vervolgen. Voor die gevallen zullen lidstaten dus in rechtsmacht moeten voorzien. Tevens moet door iedere lidstaat rechtsmacht worden gevestigd voor het geval dat het feit (gedeeltelijk) op zijn grondgebied begaan is, aan boord van een (lucht)vaartuig dat vaart onder zijn vlag of dat in die lidstaat is geregistreerd alsmede voor het geval dat het feit begaan is door één van zijn onderdanen of ingezetenen. Ook als het feit ten voordeel strekt van een op het grondgebied van een lidstaat gevestigde rechtspersoon dient die lidstaat rechtsmacht te hebben. Ten slotte wordt het vestigen van rechtsmacht voorgeschreven voor terroristische misdrijven die buiten een lidstaat tegen de bevolking of instellingen van die lidstaat worden begaan, dan wel tegen een instelling of orgaan van de EU die / dat in die lidstaat is gevestigd (art. 9).<sup>36</sup>

<sup>36</sup> Zie over rechtsmacht in het Kaderbesluit en de Nederlandse implementatie J.M. Lintz, Internati-

De Nederlandse implementatie van het kaderbesluit heeft plaatsgevonden door middel van de WTM, die in werking is getreden op 10 augustus 2004. Daarbij is gekozen voor een royale implementatie.<sup>37</sup> De WTM gaat op onderdelen verder dan waartoe het Kaderbesluit verplicht. De wetswijziging introduceert de begrippen terroristisch misdrijf en terroristisch oogmerk. Tevens voorziet de implementatie in een aantal aanzienlijke strafverhogingen, terwijl ook het aantal gevallen van strafbare samenspanning in het Nederlandse strafrecht sterk wordt uitgebreid.

### **1.4.3 Strafbaarstelling en bestraffing in het Nederlandse strafrecht**

In deze paragraaf wordt een aantal essentialia van het Nederlands strafrechtelijk systeem besproken waarmee verschillende onderdelen van de WTM mogelijk op gespannen voet staan. In paragraaf 1.4.3.1 worden allereerst de criteria besproken aan de hand waarvan vastgesteld zou moeten worden of iets voor strafbaarstelling in aanmerking komt. Vervolgens zal aandacht worden besteed aan het legaliteitsbegrip en de taakverdeling tussen wetgever en rechter in het bepalen van het bereik van strafbepalingen. Aan de hand van de structuur van het strafbaar feit die goeddeels uit de bespreking van deze onderwerpen kan worden afgeleid, zal vervolgens in paragraaf 1.4.3.2 het Nederlandse strafrecht worden gekarakteriseerd. In paragraaf 1.4.3.3 zal de relevantie van de verschillende onderwerpen voor het onderhavige onderzoek uiteengezet worden.

#### **1.4.3.1 Strafbaarstelling van gedragingen**

Alleen gedragingen kunnen worden bestraft. Bestrafing van ‘foute’ gedachten is in een democratische rechtsstaat niet aan de orde. Sterker, deze ‘foute’ gedachte verdient bescherming door de rechtsstaat. Ook het optreden van een democratisch gelegitimeerde overheid dient altijd te blijven binnen de grenzen die de rechtsstaat stelt.<sup>38</sup> Juist waar een meerderheid overheidsoptreden tegen bepaalde gedachten of emoties verlangt, is voor de rechtsstaat een belangrijke rol weggelegd.<sup>39</sup> In een rechtsstaat heeft het recht juist tot taak een maatschappelijke orde te scheppen die zodanig is dat het recht daarbinnen beschermend kan zijn. Die bescherming garandeert dan een sfeer van individuele vrijheid. Deze vrijheid is onmisbaar voor zelfontplooiing en emancipatie, die weer nodig zijn voor mondig burgerschap. En juist de mondig burger is essentieel voor het werkelijk functioneren van een democratie.<sup>40</sup> Ontplooiing tot de vrijdenkende mens die men werkelijk wil zijn om met eigen gedachten en standpunten deel te nemen aan het politieke debat verdraagt zich slecht met de strafbaarstelling van bepaalde gedachten. De bescherming van die individuele vrijheid is meest gewenst bij de afwijkende gedachten en gevoelens. Deze lopen immers de grootste kans om als fout of ontoelaatbaar door een meerderheid aangevallen te worden.

#### **Criteria voor strafbaarstelling**

De rechtvaardiging voor de strafbaarstelling van gedrag kan op verschillende wijzen plaatsvinden. Steeds staat de vrijheid van het individu, zoals hiervoor beschreven,

---

onaal terrorisme en Nederlandse rechtsmacht, Trema, 2004, p. 385, 386.

<sup>37</sup> TK 2001–2002, 28463, nr. 3, p. 1.

<sup>38</sup> Y. Buruma, Het legaliteitsbeginsel in een veranderende democratische rechtsstaat, in P.C. Bogert en T. Kooijmans (red.), Over de grens van het legaliteitsbeginsel, SI-EUR-reeks, deel 23, Rotterdam, 2000, p. 65.

<sup>39</sup> J.S. Mill, On liberty, John W. Parker and son, London, second edition, 1854, pp. 11–14.

<sup>40</sup> A.C. 't Hart, Openbaar Ministerie en rechtshandhaving, Gouda Quint, Amhem, 1994, p. 216 e.v..

voorop. Strikt juridisch kan worden betoogd dat deze individuele vrijheid zo ver gaat dat het de burger vrijstaat een strafbaar feit te plegen. Het legaliteitsbeginsel eist immers dat het feit waarvoor straf wordt opgelegd vooraf duidelijk in de wet wordt omschreven. Nu nergens staat dat het begaan van een strafbaar feit als zodanig strafbaar is, moet worden aangenomen dat dit de burger vrijstaat.<sup>41</sup> Hoe juist dit consequente vrijheidsdenken ook zijn moge, het geeft geen antwoord op de vraag wanneer gedrag strafbaar gesteld mag worden. Dat antwoord volgt wel uit een meer rechtsfilosofische benadering.

### *Schade*

De vrijheid van het individu vindt haar grens in de vrijheid van anderen. Daar waar schade aan anderen wordt of dreigt te worden toegebracht kan (en soms moet) de overheid grenzen stellen aan de vrijheid van het individu.<sup>42</sup> In termen van rechtsbescherming kan dan worden gezegd dat het recht niet slechts de individuele vrijheid van de burger beschermt tegen overheidsoptreden, maar mede tegen inbreuken op die vrijheid door medeburgers.<sup>43</sup>

Voordeel van deze benadering is dat zij niet slechts een antwoord geeft op de vraag wanneer strafbaarstelling gerechtvaardigd is, maar dat zij tevens duidelijk maakt waarom gedachten en gevoelens niet voor strafbaarstelling in aanmerking komen. Gedachten en gevoelens kunnen als zodanig geen inbreuk maken op de vrijheid van anderen. Daarvoor is vereist dat uiting wordt gegeven aan die gedachten en gevoelens.

De benadering heeft ook nadelen. In de eerste plaats kan zij de aandacht afleiden van de ongelijksoortigheid van inbreuken op rechten door de (strafvorderlijke) overheid en door medeburgers. De neiging kan dan ontstaan om in een concrete strafzaak het belang van slachtoffer en verdachte tegen elkaar af te wegen. Dat is gevaarlijk. Het strafproces mag niet gedegradeerd worden tot een civiel conflict met een publiekrechtelijk tintje in de vorm van een OM dat namens een der partijen (het vermeende slachtoffer) optreedt. Grond- en mensenrechten zijn ontstaan uit de wens om bescherming te garanderen tegen het soevereine overheidsgezag.<sup>44</sup> Weliswaar lijkt er de laatste decennia steeds meer ruimte te ontstaan voor positieve verplichtingen en horizontale werking<sup>45</sup>, de kern blijft de bescherming van de burger tegen willekeurig overheidsoptreden.

Een ander, en in dit verband belangrijker, nadeel van deze benadering is dat men het begrip schade zeer verschillend en zeer persoonlijk kan invullen.<sup>46</sup> Maakt de imam die stelt dat Nederlanders in het algemeen, en homoseksuelen in het bijzonder lager zijn dan honden en varkens inbreuk op de vrijheid van anderen of oefent hij slechts zijn eigen vrijheden uit? Daarover kan men verschillend denken.

<sup>41</sup> P.A.M. Mevis, *Strafrecht en ethiek: pleonasme en niet voorwerp van post-modern debat over twee zelfstandige grootheden*, AA 47 (1998) 11, p. 873.

<sup>42</sup> M.S. Groenhuijsen, *Criteria voor strafbaarstelling*, DD 23 (1993), afl. 1, p. 5.

<sup>43</sup> 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, o.c., p. 226.

<sup>44</sup> C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, 3<sup>e</sup> druk, Kluwer, Deventer 1997, p. 343.

<sup>45</sup> Van der Pot – Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door L. Prakke, J.L. de Reede, G.J.M. van Wissen, 14<sup>e</sup> druk, Tjeenk Willink, Deventer, 2001, p. 249. In internationaal verband zie EHRM 26 maart 1985, NJ 1985, 525 (X en Y tegen Nederland) en (recenter) EHRM 4 december 2003, Appl.nr. 39272/98 (M.C. tegen Bulgarije).

<sup>46</sup> J. de Hullu, *Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid*, oratie KUB, Gouda Quint, Arnhem, 1993, p. 17.

Volgens R Emmelink bestaat er geen duidelijk antwoord op de vraag welk gedrag strafwaardig is. Hij knoopt wel in zekere zin aan bij het schadebeginsel door te stellen dat vaak de ernst van een gedraging, in de zin van schade of gevaar, een rol zal spelen. Maar ook de praktische omstandigheid dat andere sanctiesystemen om technische redenen niet geschikt zijn, kunnen leiden tot strafbaarstelling. In ieder geval moet het strafrecht zijn ultimum remedium-karakter behouden in die zin dat strafbaarstelling pas wordt overwogen als andere methoden om bepaald gedrag tegen te gaan falen. Wanneer dat het geval is en welk gedrag moet worden tegengegaan verschilt per tijd en per samenleving.<sup>47</sup>

Andere auteurs verschaffen duidelijker en vaster toetsstenen voor beantwoording van de vraag of bepaald gedrag voor strafbaarstelling in aanmerking komt. Daarbij blijkt bijna steeds een rol weggelegd voor een moreel oordeel over de betreffende gedraging. Moraliteit kan zowel een negatief als een positief criterium zijn dat, naast andere criteria, een rol speelt bij beantwoording van de vraag of strafbaarstelling van bepaald gedrag toelaatbaar of zelfs aangewezen is.

### *Moraliteit, negatief*

Hulsman legt negatieve criteria voor strafbaarstelling aan. Hij vraagt zich allereerst af wat aanvaardbare doelstellingen van het strafrechtelijk systeem zijn. Dat zijn volgens hem: rechtsontwikkeling, conflictoplossing, gedragsbeïnvloeding en regulering van overheidsoptreden. Bij beantwoording van de vraag of bepaald gedrag in een systeem dat die doelstellingen nastreeft strafbaar gesteld moet worden, onderscheidt hij vervolgens drie dimensies. De eerste dimensie betreft de vraag welk gedrag als onwenselijk gezien wordt en in hoeverre de staat de bevoegdheid heeft om zich met dat gedrag in te laten. De tweede en derde dimensie zien op respectievelijk (sociale) kosten en capaciteitsproblemen. Concretisering en operationalisering van deze dimensies geschiedt vervolgens door de formulering van absolute en relatieve negatieve criteria. De absolute criteria fungeren dan als verboden voor de wetgever, terwijl de relatieve criteria als indicatie dat strafbaarstelling toch maar beter achterwege kan blijven, moeten worden gezien.

De vier absolute criteria zijn: A) Strafbarestelling mag nimmer plaatsvinden uitsluitend vanuit de overweging dat men een bepaalde morele opvatting heersend wil maken; B) Strafbarestelling mag nimmer plaatsvinden vanuit de primaire overweging dat men mogelijkheden wil scheppen de (potentiële) gestraften hulp te verlenen; C) Strafbarestelling mag nimmer plaatsvinden wanneer de capaciteit van het apparaat daardoor wordt overschreden; D) Strafbarestelling mag nimmer plaatsvinden als schijnoplossing van problemen. Slechts indien aan geen van deze criteria is voldaan, kan volgens Hulsman strafbarestelling plaatsvinden.

Als daarbij echter aan één of meerdere van de volgende criteria wordt voldaan zou een serieuze heroverweging plaats moeten vinden. (a) Het gedrag komt vooral voor bij sociaal zwakkere groepen / groepen die aan discriminatie bloot staan. (b) Het gedrag komt doorgaans niet door aangifte ter kennis van de politie. (c) Het betreft gedrag dat zeer frequent voorkomt. (d) Het betreft gedrag dat door een groot aantal personen wordt gesteld. (e) Het betreft gedrag dat in de regel slechts in noodsituaties wordt gesteld. (f) Het betreft gedrag dat moeilijk nauwkeurig kan worden omschreven. (g) Het

<sup>47</sup> J. R Emmelink, Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, 15<sup>e</sup> druk, Gouda Quint, Deventer, 1996, p. 34, 35.

gedrag komt vooral voor in de privé-sfeer. (h) Een aanmerkelijke groep van de bevolking beschouwt het gedrag als aanvaardbaar.<sup>48</sup>

Hulsman maakt in zijn eerste dimensie een onderscheid tussen gedrag dat als onwenselijk wordt beschouwd en de bevoegdheid van de overheid daar iets aan te doen. Het één volgt niet uit het ander. Die bevoegdheid ontbreekt in ieder geval als de onwenselijkheid slechts met morele argumenten kan worden gemotiveerd (eerste absolute criterium). Dat geldt dus ook als een overgrote meerderheid van de bevolking op die strafbaarstelling aandringt. Het verbod van de louter morele strafbaarstelling vervangt bij Hulsman het positief geformuleerde schadebeginsel. Dat beginsel acht hij moeilijk te operationaliseren omdat iedere gedraging wel in enige zin schadelijk of gevaarlijk is.<sup>49</sup>

Hulsman heeft zeker gelijk als hij stelt dat het schadebeginsel moeilijk te operationaliseren is. Hiervoor kwam ook al aan de orde dat het schadebeginsel vaag is en verschillend kan worden ingevuld. Het is echter de vraag of het criterium van Hulsman dit probleem oplost. Wanneer immers is strafbaarstelling slechts op morele overwegingen gestoeld? Als het antwoord luidt 'wanneer geen schade kan worden aangewezen' zijn we vanzelfsprekend terug bij af.

In zijn proefschrift formuleert Haveman een viertal algemene criteria voor de strafbaarstelling van bepaald gedrag. Die criteria formuleert hij als volgt: is er een problematische situatie die om een respons vraagt? Is daarbij een rol voor de overheid weggelegd? Zijn er adequate, niet-strafrechtelijke alternatieven? Is het strafrecht een adequate respons?<sup>50</sup> Daarna geldt nog een aantal bijzondere voorwaarden. Zo is voor strafbaarstelling een aanwijsbare gedraging vereist. Deze moet voldoende duidelijk kunnen worden omschreven en verwijtbaar en vermijdbaar zijn. Strafbaarstelling moet proportioneel zijn en daadwerkelijk aan de doelen (waaronder rechtsbescherming) van het strafrecht voldoen. Handhaving moet binnen de strafrechtelijke capaciteit vallen.<sup>51</sup>

Voor het klassieke schadebeginsel is in de opvatting van Haveman dus geen rol weggelegd. Het vage karakter van dit beginsel alsmede de verschillende wijzen waarop er invulling aan kan worden gegeven, maken het ongeschikt om een strafbaarstelling aan op te hangen. Dat vage karakter zorgt er namelijk voor dat altijd wel op een of andere manier schade kan worden aangewezen. Haveman vindt het schadebeginsel gewoon te ruim om strafbaarstelling op te baseren.

In plaats van schade zou het antwoord op de vraag of de overheid een moreel debat mag beslechten door positie in dat debat te kiezen, specifiek door strafbaarstelling doorslaggevend moeten zijn.<sup>52</sup> Ook hier lijkt het probleem eerder verplaatst dan opgelost te worden. Het schadebeginsel is immers zelf ook niets meer of minder dan een bevoegdheidsvraag.<sup>53</sup> De bevoegdheidsvraag van Haveman valt dan in twee vragen uiteen. Allereerst stelt hij, in navolging van Hulsman, de vraag in hoeverre de wens

<sup>48</sup> L.H.C. Hulsman, *Kriteria voor strafbaarstelling*, in *Strafrecht terecht?*, over dekriminalisering en depenalisering, In den Toren, Baarn, 1972, p. 82-92.

<sup>49</sup> Hulsman, *Kriteria voor strafbaarstelling*, o.c., p. 90.

<sup>50</sup> R.H. Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel*, dissertatie UU, Gouda Quint, Deventer, 1998, p. 43.

<sup>51</sup> Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel*, o.c., p. 72-81.

<sup>52</sup> Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel*, o.c., p. 69.

<sup>53</sup> Th. A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten*, dissertatie UU, Gouda Quint, Arnhem, 1987, p. 42.

van de overheid om te interveniëren voortkomt uit de behoefte om een morele opvatting omtrent bepaald gedrag heersend te maken. Vervolgens komt de juridische vraag aan de orde of hogere regels de vrijheid van regeling laten.<sup>54</sup>

Hulsman en Haveman vervangen dus de positieve vraag naar schade door een negatieve vraag naar moraliteit. Zij sluiten de moraliteit niet geheel uit, maar verzetten zich tegen strafbaarstellingen die slechts zijn ingegeven door de wens om een bepaalde morele opvatting heersend te maken.

### *Moraliteit, positief*

De moraliteitsvraag kan ook op een andere, meer positieve wijze een rol spelen in criteria voor strafbaarstelling. Zo luidt de definitie van *misdaad* van Van Bemmelen *iedere schadelijke tevens onzedelijke gedraging, die zoveel onrust in een bepaalde gemeenschap verwekt, dat die gemeenschap gerechtigd is haar afkeuring en verweer daartegen te uiten in het stellen van opzettelijk toe te brengen leed op die gedraging*. De gedraging moet voor strafbaarstelling in beginsel zowel schadelijk als immoreel zijn.<sup>55</sup> Dat lijkt redelijk.

Ten aanzien van vele schadelijke zaken wordt strafbaarstelling immers nimmer overwogen om de doodeenvoudige reden dat het om maatschappelijk aanvaarde gedragingen gaat. Autorijden is een voorbeeld. De gezamenlijke Nederlandse automobilisten dragen dagelijks in behoorlijke mate bij aan de luchtverontreiniging. Daarnaast vallen jaarlijks enkele honderden verkeersdoden te betreuren. Toch wordt strafbaarstelling van het gebruik van de auto niet overwogen. De wens om over te gaan tot strafbaarstelling van bepaald gedrag komt namelijk niet voort uit de constatering dat het gedrag schade toebrengt. Deze wens ontstaat uit een moreel oordeel over het gedrag. Of, zoals Modderman het aan het einde van de negentiende eeuw uitdrukte, *dat alleen datgene mag gestraft worden, wat in de eerste plaats onrecht is*.<sup>56</sup>

Het schadebeginsel oefent als het ware een correctie uit op de menselijke neiging om alles uit te willen bannen dat strijdig is met de eigen moraal. Wanneer naast de hoogst persoonlijke morele diskwalificatie niet tevens een objectieve schade kan worden aangewezen, dient strafbaarstelling achterwege te blijven. Dat dit begrip bij nader inzien helemaal niet zo objectief blijkt te zijn en in ieder geval rijkelijk vaag is, neemt niet weg dat deze toets wel degelijk een zelfstandige waarde heeft. Om het schadebeginsel enige onderscheidende waarde te laten behouden is met name van belang dat de rechtvaardiging van strafbaarstellingen niet te gemakkelijk gevonden mag worden in het risico op schade van de betreffende gedraging. Dit gevaar speelt met name bij de strafbaarstelling van voorbereiding en samenspanning.

Van Bemmelen gaat echter een stap verder door in uitzonderingsgevallen ook strafbaarstelling louter op basis van een morele opvatting toelaatbaar te achten. Met name in gevallen waar strafbaarstelling nodig is om eigenrichting tegen te gaan, acht hij dit toegestaan. Als voorbeeld wijst hij op dierenmishandeling.<sup>57</sup> Hier valt weinig tegenin te brengen. Zo lang hiermee niet de zaak van een ander vernield of beschadigd wordt,

<sup>54</sup> Haveman, Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel, o.c., p. 291.

<sup>55</sup> J.M. van Bemmelen, Positieve criteria voor strafbaarstelling, in J.F. Glastra van Loon e.a., red., *Speculum Langemeijer*, 31 rechtsgeleerde opstellen, Zwolle, 1973, p. 6, 10.

<sup>56</sup> H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, Eerste Deel, Tjeenk Willink, Haarlem, tweede druk, 1891, p. 16.

<sup>57</sup> Van Bemmelen, Positieve criteria voor strafbaarstelling, o.c., p. 10, 11.

wordt met dieren mishandeling geen schade aan anderen toegebracht. Het dier kan immers niet als *ander* worden aangemerkt. De strafbaarstelling is puur moreel, maar heden ten dage nauwelijks omstreden.

Voor het voorbeeld van Van Bemmelen kan ook wel een zekere aansluiting worden gevonden bij de opvattingen van Hulsman en Haveman. Beiden bepleiten dat strafbaarstellingen moeten passen in de doelstellingen die het strafrecht nastreeft. Het tegengaan van eigenrichting kan als een vorm van preventie worden aangemerkt. Eigenrichting (zeker de gewelddadige) zal niet zelden bestaan in het begaan van strafbare feiten. Waar eigenrichting wordt tegengaan worden dus mogelijk strafbare feiten voorkomen. Daar staat tegenover dat noch bij Hulsman noch bij Haveman positieve beantwoording van de vraag of doelen van het strafrecht gediend worden volstaat voor strafbaarstelling. Als criterium voor strafbaarstelling zou de vraag ook niet meer zijn dan of er anderen zijn die zoveel aanstoot aan de gedraging nemen dat zij daarop met geweld reageren. Dergelijke strafbaarstellingen moeten dan ook zeer uitzonderlijk blijven.

Ook in een ander opzicht gaat Van Bemmelen echter verder. Waar voldaan is aan de positieve criteria is de wetgever niet slechts gerechtigd op te treden. Op zijn minst is het geraten, maar soms gewoonweg verplicht om in strafbaarstelling te voorzien.<sup>58</sup>

### *Moraliteit en schade*

De Roos heeft moeite met de scheiding van immoraliteit en schade. Scheiden kan niet volgens hem, hooguit onderscheiden. Voor zover Van Bemmelen meer tracht te doen dan om analytische redenen een academisch onderscheid maken, stuit hij bij De Roos op kritiek. De Roos ziet het schadebegrip niet als een criterium om louter morele overwegingen uit te sluiten of als een eis naast die van immoraliteit. Veeleer gaat het om een toetssteen om uit te maken welk soort morele opvattingen aan strafbaarstelling ten grondslag mogen worden gelegd. Het oordeel dat een handeling schadelijk is, impliceert tevens een moreel oordeel. Het feit dat de wetgever een klap in het gezicht die slechts een kortdurende pijn teweegbrengt als schadelijke gedraging aan zich trekt, is het gevolg van een rechtspolitieke keuze.

De betekenis van het schadebeginsel ziet De Roos dan met name in de geschiktheid om morele overtuigingen te onderscheiden van vooroordelen, rationalisaties, puur emotionele reacties en napraterij. Het begrip schade is niet scherp omlijnd en ligt ook niet vast. De grens is onderhevig aan verschuiving en voorwerp van debat. Bij botsende belangen moet een normatieve keuze worden gemaakt. De grens van het schadebegrip wordt volgens De Roos overschreden wanneer morele verontrusting slechts bestaat in aanstoot nemen aan bepaald gedrag. Als voorbeeld van schadelijk gedrag nabij (of wellicht zelfs op) de ondergrens noemt hij racistische propaganda die bevolkingsgroepen als minderwaardig neerzet zonder direct op te roepen tot geweld tegen leden van die groepen. Deze agressieve handeling kan een bedreigend klimaat scheppen, zonder direct individuele burgers te treffen. Gedrag dat slechts aanstootgevend is omdat het indruist tegen bepaalde opvattingen over zedelijkheid is niet direct of indirect gericht tegen de anderen die daaraan aanstoot nemen. Van schade kan dan niet worden gesproken.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> Van Bemmelen, Positieve criteria voor strafbaarstelling, o.c., p. 7.

<sup>59</sup> De Roos, Strafbarestelling van economische delicten, o.c., p. 45, 46.

Het hiervoor gegeven voorbeeld rond het autorijden maakt duidelijk dat schade wel degelijk van moraliteit te scheiden is. Zowel een schone leefomgeving als het menselijk leven zijn rechtsgoederen die op meerdere plaatsen door de (straf)wetgever beschermd worden. Gedragingen die deze rechtsgoederen schaden of bedreigen kunnen dus zeer wel leiden tot strafbaarstelling. Dat autorijden deze rechtsgoederen bedreigt, is evident. Er is dus schade. Als het schadebeginsel in deze objectieve betekenis de enige toetssteen zou zijn als positief criterium, zou strafbaarstelling aangewezen zijn.

Dat is bij de Roos niet het geval. Het schadebeginsel is bij hem een prealabele vraag naar de bevoegdheid van de staat om met strafbaarstellingen in te grijpen.<sup>60</sup> In die zin praat hij langs Van Bemmelen heen. Bij van Bemmelen ging het immers om één van de factoren die erop kunnen wijzen dat de wetgever tot strafbaarstelling moet overgaan. Dat de vraag naar de moraliteit van het gedrag dan expliciet beantwoord moet worden, is niet te veel gevraagd.

Bij De Roos zit die morele kwestie in het schadebeginsel. Is autorijden volgens hem dan niet schadelijk? Waarschijnlijk inderdaad niet. In de opvatting van De Roos zouden ten aanzien van dit voorbeeld wellicht botsende belangen kunnen worden aangewezen. Tegenover het gevaar voor lijf, goed en leefomgeving staat het belang van mobiliteit voor de nationale economie en individuele noden als carrière, sociaal leven en recreatie. Zolang die belangen meer gewaardeerd worden dan de bedreigingen worden verworpen, bestaat volgens De Roos dan geen schade. Strafbaarstelling dient dan achterwege te blijven.

Voordeel van de benadering van De Roos is dat de claim van moraliteit op zijn merites wordt onderzocht. Hij legt de zwakte van het klassieke schadebeginsel bloot, door erop te wijzen dat zelfs de meest moraliserende en paternalistische wetgeving met een beroep op dit beginsel is gerechtvaardigd.<sup>61</sup> Dat is een steeds terugkerend probleem. Het lijkt dan inderdaad zinnig om in ieder geval de authenticiteit en de oprechtheid van de morele overwegingen te onderzoeken.

Daarvoor lijkt echter niet vereist dat de moraliteit in de schadevraag verdisconteerd wordt. De functie van het schadebeginsel is immers die van een (zo veel mogelijk) objectieve correctie op de subjectieve morele verontwaardiging die aanleiding kan vormen voor het aandringen op strafbaarstelling. Door beide beslissingsmomenten in de schadevraag samen te brengen, wordt het schadebeginsel gesubjectiveerd. Of dat verhelderend werkt, kan worden betwijfeld. Dat daarmee voorkomen wordt dat vergezochte gevaren of schades ter rechtvaardiging van voorstellen tot strafbaarstelling worden aangevoerd, evenzeer.

Wat hiervan verder ook zij, vaststaat in ieder geval dat in de Nederlandse strafrechtelijke literatuur al geruime tijd pogingen worden ondernomen om te komen tot een vastomlijnd toetsingskader voor de beslissing om tot strafbaarstelling over te gaan. Algemeen wordt aangenomen dat een morele diskwalificatie van het gedrag door een meerderheid niet volstaat. Dat betekent geenszins dat de moraliteit geheel wordt uitgesloten. Er wordt alleen meer geëist dan slechts een moreel oordeel. De moeilijkheid blijft hoe dit meerdere ingevuld moet worden.

<sup>60</sup> De Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten*, o.c., p. 33.

<sup>61</sup> De Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten*, o.c., p. 39-41.



### *Afsluiting*

Dat in de hiervoor beschreven opvattingen over de criteria voor strafbaarstelling ook (steeds) een moreel oordeel wordt betrokken in de beslissing tot strafbaarstelling, behoeft geenszins strijdig te zijn met de rechtsstaatidee. De morele discussie wordt op wetgevingsniveau gevoerd. Op dat niveau vindt geen veroordeling van de individuele burger plaats. De wetgever legt de burger geen moraal op. De uitkomst van het morele debat is de strafbepaling. Hierin wordt in feitelijke termen strafbaar gedrag omschreven. In die feitelijke omschrijving is geen moreel oordeel meer te herkennen. Het is deze feitelijke omschrijving waarmee de burger rekening te houden heeft. De toepassing van de strafbepaling vindt dan onafhankelijk van de morele discussie plaats. Dat is het gevolg van het feit dat de strafbepaling voor iedereen in gelijke mate geldt, dat het motief waarmee gehandeld werd geen rol speelt en dat bij de uitleg van de bestanddelen van een delictsomschrijving nauwelijks aandacht bestaat voor het rechtsgoed dat de betreffende strafbepaling beoogt te beschermen. Deze uitgangspunten leiden ertoe dat het strafrecht aanknoopt bij de gedraging en niet bij een ethisch tekort.<sup>62</sup>

Alhoewel de redenen voor strafbaarstelling dus gelegen zijn in de schade die de gedraging pleegt te veroorzaken en in de afwijzing van die gedraging keert dit in de delictsomschrijving niet terug. Ook als de schade of het verwerpelijke karakter in het concrete geval ontbreken, bestaan daderschap en strafbaarheid (alleen de rechtvaardigingsgronden kunnen dan in voorkomende gevallen aan de strafbaarheid in de weg staan). Dat de dader tevens een braaf huisvader en een gedecoreerd verzetsheld is die veel aan goede doelen geeft en in zijn vrije tijd vrijwilligerswerk doet, is voor het daderschap en de strafbaarheid niet van belang. Hooguit speelt dat een rol bij de straftoemeting. Totdat de rechter daaraan toekomt zijn zijn activiteiten eigenlijk louter juridisch-technisch. Dat kan er tevens toe leiden dat wel inbreuk wordt gemaakt op een bepaald rechtsgoed door een gedraging die tevens door een overgrote meerderheid van de bevolking wordt afgewezen, terwijl geen daderschap en strafbaarheid bestaan omdat er geen delictsomschrijving bestaat waarin de betreffende gedraging wordt omschreven. Dit zal, eufemistisch gesteld, nog wel eens tot onbegrip bij het grote publiek kunnen leiden.

### **Strafbaarstelling en bestraffing: legaliteit**

Verschillende auteurs hebben, uit onvrede met uitkomsten die het gevolg (kunnen) zijn van het feit dat de rechter zich bij de vraag naar het strafrechtelijk daderschap volledig laat leiden door de tekst van feitelijke omschrijvingen van gedrag in de wet, bepleit dat het geschonden rechtsgoed een centralere plaats zou moeten toekomen bij beantwoording van de vraag naar *strafrechtelijke aansprakelijkheid*.<sup>63</sup>

Rozemond schetst in dat verband een theoretisch kader dat vanuit een rechtsfilosofisch perspectief rechtvaardigt dat de rechter zich bij de interpretatie van de bestanddelen van een delictsomschrijving minder laat leiden door de tekst van de wet en meer door

<sup>62</sup> P.A.M. Mevis, Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht, in Bogert en Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, o.c., p. 21, 22.

<sup>63</sup> W. Nieboer, *Strafrechtelijke zorgplichten*, in: Liber Amicorum Th. W. van Veen, Gouda Quint, Arnhem, 1985, p. 261 en volgende; W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Gouda Quint, Arnhem, 1991, p. 129 en volgende; G.A.M. Strijards, *Aansprakelijkheidsgronden*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1988, p. 50 en volgende, p. 79; E.F. Stamhuis, *Gemeen gevaar*, Oratie OU, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2006.

de rechtsgoederen die deze delictsomscripting beoogt te beschermen. Daartoe relateert hij allereerst de feitelijke werking van het legaliteitsbeginsel. Burgers raadplegen de wet helemaal niet. Dat zij toch niet allemaal om de haverklap met justitie in aanraking komen volgt uit het feit dat burgers wel sociale kennis hebben van fundamentele sociale normen waaraan iedereen zich dient te houden. Het strafrechtelijk verwijt bestaat er dan in dat een dader de fundamentele rechten van anderen heeft geschonden. In dit licht zou de rechter de wettelijke strafbepalingen ook moeten uitleggen. De tekst van de wet heeft voor burgers eigenlijk geen waarde. Daarmee maakt het legaliteitsbeginsel zijn sturende pretenties allerminst waar.

De tekst van de wet vervult slechts een functie voor de autoriteiten die de wet toepassen. Hier vervult de wettekst wel een rol, maar ook die moet niet worden overschat. Interpretatie blijft altijd nodig. Op zijn minst zal de rechter het bereik van een strafbepaling moeten vaststellen wanneer hij geconfronteerd wordt met een geval dat de wetgever niet heeft voorzien. Met name oudere strafbepalingen vinden heden ten dage vele toepassingen die de wetgever van weleer nooit heeft (kunnen) voorzien.<sup>64</sup> De rechter moet de wet dan toepassen in een andere maatschappelijke context.

In de huidige maatschappelijke context spelen fundamentele rechten een zeer voorname rol. Door strafbepalingen in dat licht te interpreteren verschaft de rechter zijn uitspraak ook een democratische legitimatie. De democratische legitimatie van veel strafbepalingen uit het Wetboek van Strafrecht is tamelijk zwak. Ten tijde van de totstandkoming van het wetboek bestond er nog allermint algemeen kiesrecht. Democratische legitimatie verkrijgen oude strafbepalingen juist doordat de rechter bij de uitleg daarvan aansluiting zoekt bij normen die in de samenleving breed gedragen worden. Omdat de toekomst onzeker is en omdat taal altijd tekort schiet, zou de wetgever beter gebruik kunnen maken van meer open begrippen die de rechter meer interpretatieruimte bieden.<sup>65</sup>

### *Fundamentele rechten en interpretatie*

Zolang de wet deze openheid nog niet bezit mag van de rechter verwacht worden dat hij de tekst van de wet interpreteert in het licht van de fundamentele rechten die de wet beoogt te beschermen. Als de betekenis van deze fundamentele rechten verandert dan veranderen specifieke wetsvoorschriften ook van betekenis. Dat de letterlijke tekst van de betreffende bepalingen ongewijzigd blijft, doet daaraan niet af.

De letterlijke wettekst en de bedoelingen van de wetgever dienen te worden afgewogen tegen de fundamentele rechten die de bepaling beoogt te beschermen. Dat geldt niet alleen ten aanzien van strafbepalingen die in lang vervlogen tijden tot stand zijn gekomen. Onder omstandigheden kan ook een zeer recente bepaling in strijd met de bedoeling van de wetgever worden uitgelegd. Volgens Rozemond is dit niet in strijd met het EVRM en de rechtspraak van het EHRM<sup>66</sup>. Sterker nog, de rechtspraak van

<sup>64</sup> Duidelijke voorbeelden daarvan bieden HR 23 mei 1921, NJ 1922, 280 (elektriciteit is een goed) en HR 7 oktober 2003, NJ 2004, 63 (gebruik van een bankpas in een pinautomaat door iemand die daartoe geen recht heeft, kan worden aangemerkt als het gebruik van een valse sleutel zoals bedoeld in art. 311, eerste lid onder 5 Sr).

<sup>65</sup> K. Rozemond, Waar ligt de grens van het legaliteitsbeginsel?, in Bogert en Kooijmans (red.), Over de grens van het legaliteitsbeginsel, o.c., p. 37-64.

<sup>66</sup> Zie over het EVRM / EHRM verder: Guidelines on human rights and the fight against terrorism, Council of Europe Publishing, Straatsburg, 2002; M. Aksu, Beperking van de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) met een beroep op terrorismebestrijding, NJCM-Bulletin, jrg. 30 (2005), nr. 4, p. 384-397; M. Aksu, De relatieve grenzen van het absolute folterverbod (art. 3 EVRM) in terrorismezaken, NJCM-Bulletin 2006, p. 456-477; T. Blom, Privacy, strafrechtelijke

het EHRM verplicht de Nederlandse rechter ertoe strafbepalingen uit te leggen in het licht van de rechten van het EVRM. Uiteindelijk moet dit ertoe leiden dat een evenwicht wordt gezocht tussen waarborgen tegen willekeur en de bescherming van slachtoffers.<sup>67</sup>

Vooropgesteld zij dat Rozemond niet kan worden ontzegd dat interpretatie van delictomschrijvingen en algemene strafrechtelijke leerstukken altijd nodig zal blijven. Dat bij die interpretatie mede aansluiting wordt gezocht bij fundamentele rechten van anderen hoeft ook geenszins bezwaarlijk te zijn. Zeker bij oudere wetgeving hoeft dat niet altijd te geschieden binnen het toepassingsbereik dat de wetgever destijds voor ogen stond. Ook heeft Rozemond stellig gelijk wanneer hij stelt dat de gemiddelde burger de wet niet raadpleegt en dat deze burger wanneer hij de wet wel raadplegen zou, aan de tekst daarvan weinig houvast zou hebben. Toch zitten er nog wel wat haken en ogen aan zijn ideeën over verdragsconforme interpretatie.

Allereerst betreft dat de democratische legitimatie van rechterlijke uitspraken. Het is zeker juist dat wanneer een rechter in zijn uitspraak aansluiting zoekt bij verdragsrechtelijk gegarandeerde fundamentele rechten die in de samenleving breed gedragen worden dat de democratische legitimatie sterker is dan wanneer de rechter beroept op eeuwenoude kamerstukken. Als dit echter tot een uitleg leidt die door de tekst van de wet niet meer gedekt wordt, ontstaat een probleem. Het was dan aan de zittende wetgever geweest om de bepaling aan te passen. Die is nog sterker democratisch gelegitimeerd. Een rechterlijk college van drie of vijf benoemde magistraten legt het dat op gebied toch af tegen een regering en een direct en een getraptd gekozen volksvertegenwoordiging van honderdvijftig respectievelijk vijfenzeventig parlementariërs. In het laatste gremium wordt openlijk gedebatteerd door een grote groep personen die in een langdurig proces waarin ruimte is voor de inbreng van deskundigen en belangenorganisaties een genuanceerde mening kunnen vormen. Dat steekt nogal schril af tegen de beslissing die door een klein groepje wijze mannen relatief snel achter gesloten deuren genomen wordt. De wetgever heeft wat dat betreft een echte verantwoordelijkheid. Wetgeving is geen vrijblijvende aangelegenheid. Een verzuim van de wetgever zich adequaat van zijn taken te kwijten kan niet zonder meer en onder alle omstandigheden door een lustig interpreterende taalkunstenaar in een toga worden ondervangen. Dat kan er inderdaad toe leiden dat daders van ernstig strafwaardig gedrag de dans ontspringen. Dat is een ernstige consequentie. Ernstige consequenties zijn echter vaak inherent aan de veronachtzaming van echte verantwoordelijkheden in het echte leven.

Een tweede bezwaar tegen de opvatting van Rozemond volgt uit het feit dat hij aanknoopt bij de sociale kennis van de burger. In een werkelijk open en pluriforme democratische rechtsstaat kan die kennis nogal uiteenlopen. Dat geldt niet alleen voor grensgevallen als het hierboven gegeven voorbeeld van de imam. Ook over zaken waar zeer evident de meest fundamentele rechten van anderen in het geding zijn wordt door verschillende groepen in onze samenleving soms zeer verschillend gedacht.

---

rechtshandhaving en terreurbestrijding, in: J.R. Blad, (red.) *Strafrechtelijke rechtshandhaving, Aspecten en actoren voor het academisch onderwijs belicht*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2007, p. 219; C. Fijnaut, *De belangrijke rol van het strafrecht bij de bestrijding van (islamitisch) terrorisme*, RM Themis, 2005-4, p. 210-215; J.M. Lintz, *Terrorisme en rechtshandhaving*, in: J.R. Blad, (red.) *Strafrechtelijke rechtshandhaving*, o.c., p. 188, 189.

<sup>67</sup> K. Rozemond, *Legaliteit in het materiële strafrecht*, RM Themis 1999, p. 117-130.

Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan eerwraak (of andere minder aan een bepaalde religie toegeschreven vormen van gewelddadige eigenrichting). Daar moet ook verschillend over gedacht kunnen worden. Waar anders denken echter leidt tot gedrag dat valt onder een vooraf duidelijk omschreven delictsomschrijving ontstaat een strafaanspraak.

Aansluiten bij de sociale kennis van de burger heeft twee mogelijke consequenties. De eerste is dat we kijken naar de sociale kennis van de concrete verdachte. Het verweer ‘dat heb ik niet van mijn moeder geleerd’ brengt dan mee dat alle procesdeelnemers naar huis kunnen. Dat probleem kennen we nu niet. De tekst van de wet en de interpretatie daarvan door de rechter gelden voor iedereen. Dat de dader die tekst niet kent is niet relevant. Hij had de tekst kunnen kennen. De tweede mogelijkheid is dat we de sociale kennis van een soort grootste gemene deler criteriumfiguur tot uitgangspunt nemen. Dat leidt er dan toe dat de moraal van de meerderheid aan minderheden wordt opgelegd. Als strafbare gedragingen niet vooraf zo secuur mogelijk in feitelijke termen worden omschreven, maar per geval worden afgeleid uit een bepaalde moraal dan rest de burger weinig anders dan zich die moraal eigen te maken. De in een democratische rechtsstaat zo voornamelijk van bescherming tegen willekeurig overheidsoptreden verzet zich daartegen.

Nu betreft Rozemond expliciet de positie van het (potentiële) slachtoffer in zijn ‘eigen’ invulling van het begrip rechtsbescherming. Een extensieve interpretatie van strafbepalingen in het licht van fundamentele rechten van anderen kan gezien worden als rechtsbescherming van slachtoffers.<sup>68</sup> Ik kan hem daarin niet volgen. Voor zover het gaat om de rechten van het slachtoffer in de concrete strafzaak moet toch worden gezegd dat de bescherming daarvan mosterd na de maaltijd is. Zijn rechten zijn al geschonden. Bestrafing van de dader verandert daar weinig aan. Civielrechtelijk valt in de vorm van schadevergoeding wellicht nog het een en ander te herstellen en in de vorm van een verbod en een dwangsom toekomstige schending te voorkomen, het strafproces voegt in die zin niets toe. Dan zou het dus moeten gaan om de bescherming van potentiële slachtoffers. Die bescherming correleert rechtevenredig met de mate waarin potentiële daders zich laten sturen door de extensieve interpretaties op basis van de rechten van anderen. Op dat gebied hoeven we niet veel optimistischer te zijn over de rechtspraak van de Hoge Raad dan over de tekst van de wet en de bedoelingen van de wetgever. Waar Rozemond schrijft dat *maar weinig mensen (...) hun gedrag laten bepalen door het Staatsblad en de kamerstukken*<sup>69</sup> bedoelt hij toch niet te zeggen dat de rest van Nederland een abonnement op de NJ heeft? In die zin zie ik de meerwaarde van deze interpretatiemethode dus niet. Dat de bescherming van slachtoffers daardoor beter wordt gediend wordt dan evenmin duidelijk. De verdachte levert dus aan rechtsbescherming in zonder dat het slachtoffer daaraan wint.

### *Betekenis EVRM voor strafbaarstelling en bestraffing*

De vraag is dan nog wel of de rechter volgens de rechtspraak van het EHRM verplicht is om strafbepalingen verdragsconform te interpreteren. Rozemond wijst op een tweetal arresten van het EHRM waarin de schending van een verdragsverplichting jegens een slachtoffer werd aangenomen omdat de betreffende staat verzuimd had te voorzien

<sup>68</sup> Rozemond, Legaliteit in het materiële strafrecht, o.c., p. 127, 128.

<sup>69</sup> Rozemond, Legaliteit in het materiële strafrecht, o.c., p. 129.

in een adequate strafrechtelijke bescherming. In de eerste zaak betrof het seksueel misbruik met een zestienjarig geestelijk gehandicapt meisje door de schoonzoon van de directrice van het instituut waar dit meisje woonde. Het ging om een klachtdelict. De toenmalige Nederlandse klachtregeling liet geen ruimte voor een klacht door de vader van het meisje terwijl het meisje kennelijk zelf niet tot het indienen van een klacht in staat was.<sup>70</sup> In de tweede zaak ging het om de mishandeling van een negenjarig jongetje door zijn stiefvader met een stok. De Engelse jury had de stiefvader vrijgesproken omdat niet bewezen was dat de grenzen van redelijke tuchtiging waren overschreden.<sup>71</sup> Rozemond leidt hieruit af dat Verdragsluitende staten een verdragsrechtelijke verplichting hebben om strafrechtelijke voorzieningen te bieden ter bescherming van de rechten van slachtoffers.<sup>72</sup>

Pelser komt juist op basis van de zaak X en Y tegen Nederland tot de conclusie dat uit art. 8 EVRM geen min of meer algemene opdracht voortvloeit om het privé-leven van burgers door strafbaarstelling te beschermen tegen inbreuken door andere burgers. De algemene regel zou hooguit luiden dat ernstige inbreuken op de lichamelijke of seksuele integriteit met straf behoren te zijn bedreigd.<sup>73</sup>

De uitleg van Pelser lijkt de juiste te zijn. Het Hof stelt in de zaak X en Y tegen Nederland voorop dat de essentie van art. 8 EVRM bestaat in het bieden van bescherming tegen willekeurig overheidsoptreden. Heel voorzichtig vervolgt het dan met te overwegen dat positieve verplichtingen inherent kunnen zijn aan een effectief respect voor privé- of familielevens. Die verplichtingen kunnen bestaan in het aannemen van maatregelen die de verhoudingen tussen individuen onderling regelen. De wijze waarop dat gebeurt staat in beginsel ter beoordeling van de betrokken staat. Dat in het onderhavige geval een verplichting tot strafbaarstelling bestond hing samen met het fundamentele karakter van de aspecten van art. 8 die in het geding waren. Daarenboven ging het om een materie die in Nederland in algemene zin strafrechtelijk was gereguleerd en was het een procedureel obstakel, en dus niet een bewuste keuze van de wetgever, die strafvervolgung uitsloot.<sup>74</sup>

Ook de overwegingen in de Engelse zaak duiden eerder op de constatering van een incidentele schending dan op het formuleren van een algemene plicht voor de verdragstaten. Hier gaat het niet om een schending van art. 8 maar van art. 3 EVRM. Of sprake is van een schending van art. 3 EVRM hangt af van alle omstandigheden van het geval. Met name van de aard en context van het handelen, de duur en de psychische en lichamelijke gevolgen ervan en, in sommige gevallen het geslacht, de leeftijd en de gezondheidstoestand. Het bij meerdere gelegenheden met aanzienlijke kracht slaan met een stok van een negenjarig jongetje dat daar uiteindelijk op vijf plaatsen van zijn lichaam letsel door oploopt, valt volgens het Hof inderdaad binnen het bereik van art. 3 EVRM. Art. 3 EVRM bevat voor staten het meest absolute verbod van het Verdrag.<sup>75</sup> Dat het Hof dus vervolgens in vrij absolute termen overweegt dat staten

<sup>70</sup> X en Y tegen Nederland, EHRM 26 maart 1985, NJ 1985, 525.

<sup>71</sup> A tegen Het Verenigd Koninkrijk, EHRM 23 september 1998, NJ 1999, 532.

<sup>72</sup> Rozemond, Legaliteit in het materiële strafrecht, o.c., p. 129.

<sup>73</sup> C.M. Pelser, Strafbearstelling van inbreuken op de persoonlijke levenssfeer, in: Ch. Brants, M. Moerings, C. Pelser (red.), Morele kwesties in het strafrecht, Deventer: Gouda Quint, 1999, p. 227.

<sup>74</sup> R.o. 23, 24 en 27.

<sup>75</sup> Uitgebreider over art. 3 EVRM in al zijn nuances in terreurzaken: Aksu, De relatieve grenzen

verplicht zijn maatregelen te nemen die erop gericht zijn op hun grondgebied te voorkomen dat individuen gefolterd, dan wel onmenselijk of vernederend behandeld worden, mag niet verbazen. Dat daarbij zeker niet altijd de strafrechtelijke weg gevolgd hoeft te worden blijkt uit het feit dat het Hof expliciet overweegt dat met name kinderen en andere kwetsbare personen recht hebben op bescherming door de staat in de vorm van effectieve afschrikking tegen ernstige inbreuken. Hierbij verwijst het Hof expliciet naar de uitspraak X en Y tegen Nederland.<sup>76</sup> Hieruit valt inderdaad geen algemene verplichting tot strafbaarstelling af te leiden.

Maar zelfs als dit anders was dan ging het nog altijd om een verplichting van de wetgever. Het staat de rechter niet vrij om plaatsvervangend wetgever te spelen wanneer de wetgever draalt of onoplettend is. Dat ook hij aan het EVRM gebonden is doet daaraan niet af. Ditzelfde EVRM bepaalt immers in art. 53 dat geen bepaling uit het Verdrag uitgelegd mag worden als beperking op rechten van de mens en fundamentele vrijheden zoals die in nationale wetten of andere verdragen zijn neergelegd. Art. 1 Sr bepaalt dat geen feit strafbaar is zonder voorafgaande wettelijke strafbepaling. Dat het hier om een belangrijk recht gaat blijkt wel uit het feit dat dit recht tevens is neergelegd in art. 16 Gw alsmede in meerdere mensenrechtenverdragen, waaronder het EVRM zelf. De uitleg die het EHRM geeft aan art. 7 EVRM is dan dus pas van belang als de uitleg van de Hoge Raad van art. 1 Sr minder strikt is.

De Hoge Raad geeft de afgelopen honderdtwintig jaar echter nogal casuïstisch uitleg aan art. 1 Sr. De letterlijke tekst van de wet lijkt steeds voorop te staan. Bij de interpretatie van die tekst wordt met name veel gewicht toegekend aan de bedoelingen van de wetgever. In gevallen waar de betekenis van de letterlijke wettekst in strijd komt met zowel het algemeen spraakgebruik als de bedoeling van de wetgever als de redelijkheid wil de Hoge Raad nog wel eens buiten de letterlijke tekst van de wet treden. Daarnaast wordt de bedoeling van de wetgever van minder gewicht naarmate de betreffende wetgeving ouder wordt. Dit kan ertoe leiden dat bestanddelen met het verstrijken der tijd in die zin van betekenis veranderen dat onder een strafbepaling feiten vallen die er daarvoor niet onder vielen. Daarbij dient de algemene strekking behouden te blijven. Dat stelt de rechter in staat in zijn uitspraak rekening te houden met in de maatschappij levende overtuigingen over strafwaardig gedrag.<sup>77</sup> De rechtspraak van de Hoge Raad biedt daarmee in sommige gevallen voldoende ruimte voor een verdragsconforme interpretatie.

Rozemond wijst er op dat ook de rechtspraak van het EHRM over art. 7 EVRM voldoende ruimte laat voor extensieve uitleg van delictsombschrijvingen. Hij wijst daarbij op de beslissing in een Engelse verkrachtingzaak. Volgens vaste rechtspraak was verkrachting binnen het huwelijk in Engeland niet strafbaar. Deze rechtspraak vond zijn oorsprong in de achttiende en negentiende eeuw. In de loop der tijd waren steeds meer uitzonderingen op deze regel ontstaan, maar die hadden het bestaan van de regel als zodanig niet aangetast.<sup>78</sup> Klager was veroordeeld wegens verkrachting van zijn vrouw. De Engelse rechter in eerste aanleg had bepaald dat zich in deze zaak twee van

---

van het absolute folterverbod (art. 3 EVRM) in terrorismezaken, o.c., p. 456–477.

<sup>76</sup> R.o. 22.

<sup>77</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, Wetboek van Strafrecht, aant. 5, 6 op art. 1 Sr.

<sup>78</sup> Rozemond, Legaliteit in het materiële strafrecht, o.c., p.131, 132.

de drie in de rechtspraak erkende uitzonderingen voordeden. In het hoger beroep besliste het Court of Appeal dat de echtelijke immuniteitsregel achterhaald was. Wel verleende het Court of Appeal verlof voor beroep bij het House of Lords. Dat bekrachtigde de uitspraak van het Court of Appeal unaniem.

Het EHRM stelt voorop dat slechts *the law* strafbare feiten kan definiëren. *Law* omvat dan zowel geschreven als ongeschreven recht, mits voldaan wordt aan bepaalde kwaliteitseisen, met name kenbaarheid en voorzienbaarheid. Dit geldt voor alle bepalingen van het EVRM waarin de term *law* voorkomt. Specifiek voor art. 7 EVRM geldt dat er altijd behoefte zal bestaan aan nadere interpretatie van strafbepalingen. Het gaat daarbij om opheldering van twijfelachtige punten en aanpassing aan veranderende omstandigheden. Artikel 7 EVRM staat er dan ook niet aan in de weg dat door rechterlijke interpretatie geleidelijk opheldering ontstaat over de grenzen van ‘strafrechtelijke aansprakelijkheid’, mits die ontwikkeling verenigbaar blijft met de essentie van het delict en redelijkerwijs voorzienbaar is.

In het onderhavige geval was duidelijk sprake van een jurisprudentiële ontwikkeling die opheffing van de echtelijke immuniteit voorzienbaar maakte. Daar komt bij dat verkrachting zo ontierend is dat geen sprake kan zijn van strijd met het doel van art. 7 EVRM, te weten het bieden van bescherming tegen willekeurige vervolging en bestraffing. Het opheffen van de immuniteit past in een beschaafde opvatting over het huwelijk en bij de doelen van het Verdrag, te weten respect voor de menselijke waardigheid en vrijheid.<sup>79</sup>

Deze zaak verenigt alle denkbare elementen in zich die een extensieve interpretatie kunnen rechtvaardigen. Allereerst neemt rechtersrecht in *common law* stelsels van oudsher een veel prominentere rol in dan in continentale stelsels. Ten tweede gaat het om een delict dat (inmiddels) door het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof<sup>80</sup> aangemerkt wordt als een misdrijf tegen de menselijkheid. Misdrijven van dit kaliber vallen onder het tweede lid van art. 7 EVRM. Ten slotte was het maar zeer de vraag of de verdachte geschaad is door de nieuwe uitleg. De rechter in eerste aanleg had immers een veroordeling uitgesproken zonder nieuwe interpretatie. Het zou dus best kunnen dat de werking van de nieuwe uitleg zich bepaalde tot toekomstige gevallen.

### *Verhouding wetgever en rechter*

We kunnen dus aannemen dat zowel voor de Hoge Raad als voor het EHRM een voorafgaande wettelijke strafbepaling van wezenlijk belang is. De minimumgrens ligt voor het EHRM in de voorzienbaarheid en kenbaarheid. Een nieuwe uitleg moet aansluiten bij de essentie van het delict. Daarbuiten rest slechts een moreel oordeel en dat komt de rechter als overheidsorgaan in zijn confrontatie met de burger juist niet toe.

Een kritische grens wordt mijns inziens overschreden in het Kinderporno-arrest<sup>81</sup> dat door Rozemond juist wordt geprezen om zijn verdragsconforme interpretatie. De aan de orde zijnde rechtsvraag was betrekkelijk kort daarvoor door de wetgever beantwoord. De term ‘in voorraad hebben’ had volgens de minister een naar buiten gerichte

<sup>79</sup> C.R. tegen Het Verenigd Koninkrijk, EHRM 22 november 1995, NJ 1997, 1.

<sup>80</sup> Rome, 17 juli 1998 (Trb. 1999, 13), art. 7.

<sup>81</sup> HR 21 april 1998, NJ 1998, 782.

connotatie en hield pluraliteit in.<sup>82</sup> Het privé-bezit van een enkele seksuele afbeelding waarbij een minderjarige betrokken is, was daarmee niet strafbaar. Door nadrukkelijk anders te beslissen gaat de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak te buiten, zoals hij dat zelf zo mooi pleegt te zeggen. Er zijn goede argumenten te vinden om ook het privé-bezit van kinderporno strafbaar te stellen.<sup>83</sup> Dat laat Rozemond ook zien. Maar als daar welbewust van wordt afgezien door de wetgever dan gaat het niet aan dat de rechter het zelf wel even anders doet. En juist hier valt mijns inziens niet uit te sluiten dat de betrokken burger wel degelijk de wet en de kamerstukken heeft geraadpleegd om zich door te laten leiden. Ik stel me dat ongeveer als volgt voor. We hebben te doen met een persoon met een al dan niet aangeboren seksuele afwijking (of zo men wil voorkeur). Hij zal daar niet om gevraagd hebben. Hij realiseert zich echter wel dat hij niet zonder meer toe kan geven aan zijn behoeften. Dat morele besef helpt hem niet van zijn behoefte af. Dat deze persoon het wetgevingsproces omtrent zedelijkheid met betrekking tot minderjarigen nauwgezet volgt valt geenszins uit te sluiten. Als de minister dan tijdens de parlementaire behandeling duidelijk aangeeft wat wel en wat niet strafbaar is dan moet hij zich daar in beginsel door kunnen laten leiden. Dat de rechter die dan anders beslist aansluit bij maatschappelijk breed gedragen opvattingen is ongetwijfeld juist. Dat zijn beslissing daarmee een sterke democratische legitimatie geniet, valt best te betogen.<sup>84</sup> Zeker even juist komt mij voor dat hij in zijn rechtstatelijke opdracht om het recht zo nodig tegen de wens van een democratische meerderheid in te handhaven veronachtzaamd. Van kenbaarheid en voorzienbaarheid lijkt mij in het onderhavige geval geen sprake. Aldus lijkt eerder sprake van een morele veroordeling dan een strafrechtelijke.

Waar een rechterlijk oordeel over een oude strafbepaling een nieuwe betekenis geeft aan een bestanddeel of expliciet ingaat tegen de bedoeling van de wetgever zou het voor de hand liggen dat hij extra motiveert. Bij strafbepalingen van recente datum is de noodzaak daartoe nog pregnanter. Verder spreekt de oplossing van Rozemond om overgangsrechtelijke problemen te voorkomen door te overwegen geen straf of maatregel op te leggen ook wel aan.<sup>85</sup>

Natuurlijk heeft Rozemond volledig gelijk als hij stelt dat er een streven moet zijn naar evenwicht tussen waarborgen tegen willekeurig overheidsoptreden en bescherming van de rechten van slachtoffers. Dit streven moet echter zo veel mogelijk plaatsvinden op het abstracte niveau van de wetgever en resulteren in zo duidelijk mogelijke strafbepalingen. Dat het EHRM ook rechtersrecht aanmerkt als *law* is natuurlijk onvermijdelijk bij een verdrag dat zowel voor common law- als continentale rechtstelsels geldt. Dat mag de aandacht niet afleiden van de Nederlandse constitutionele verhoudingen. De Grondwet geeft in de art. 16, 107 en 113 een duidelijke taakverdeling tussen wetgever en rechter.

<sup>82</sup> TK 1994-1995, 23682, nr. 5, p. 17.

<sup>83</sup> Wie kinderporno aanschaf houdt bewust mede een markt in stand die op grove wijze de rechten van kinderen schendt. Dat is een valide argument voor de wetgever om tot strafbaarstelling over te gaan. De relatie tussen de gedraging en de schending is evenwel niet zo direct dat gezegd kan worden dat de bezitter van kinderporno de fundamentele rechten van anderen schendt. Dan lijkt bestraffing zonder duidelijke voorafgaande strafbaarstelling toch wel ver te gaan.

<sup>84</sup> Al is dat bij recente wetgeving lang niet altijd evident.

<sup>85</sup> Rozemond, Legaliteit in het materiële strafrecht, o.c., p.131, voetnoot 36.



Dat taal een tekortschietend instrument is en dat de wetgever niet kan voorzien hoe het recht en de samenleving zich zullen ontwikkelen en welke gevallen allemaal wel en welke niet onder het bereik van de regel zullen worden gebracht doet daaraan niet af. Er zullen zich onvermijdelijk altijd moeilijke grensgevallen voordoen waarin de rechter het laatste woord heeft. Deze omstandigheden ontslaan de wetgever niet van zijn verantwoordelijkheden maar dwingen hem er juist toe deze extra serieus te nemen. Anders wordt het strafproces inderdaad gedegradéerd tot een soort civielrechtelijk conflict waarin het fundamenteel verschillend karakter van inbreuken op de rechten van burgers door de overheid en door medeburgers volledig verwatert.

### *Afsluiting*

Rozemond geeft een uitvoerige theoretische beschouwing waarin de fundamentele rechten van anderen een interpretatief kader verschaffen aan de rechter. Voordeel van deze benadering is dat de rechter aan oude strafbepalingen een uitleg kan geven die past bij de hedendaagse samenleving. Ook kan de rechter de interpretatie van wetteksten die indruist tegen de wil van de wetgever met een beroep op de fundamentele rechten die door die uitleg worden beschermd legitimeren. Volgens Rozemond is de rechter, in het licht van de positieve verplichtingen die uit het EVRM voortvloeien zelfs verplicht om strafbepalingen op deze wijze uit te leggen.

Het legaliteitsbeginsel eist voor strafrechtelijk daderschap en strafbaarheid een duidelijke omschrijving van de strafbare gedraging in feitelijke termen. Ongeacht het persoonlijke morele kader van de dader kan hem dan immers worden tegengeworpen dat hij had kunnen weten dat zijn gedraging een strafaanspraak in het leven riep. De opdracht van de wetgever is om zo feitelijk mogelijk de gedragingen te omschrijven die aan de criteria voor strafbaarstelling voldoen te omschrijven.

Dat, zoals Rozemond opmerkt, het EVRM in bepaalde gevallen tot bestraffing van bepaald gedrag verplicht, kan niet worden ontkend. Dat daarbij een zelfstandige rol is weggelegd voor de rechter volgt daaruit niet. Primair blijft de wetgever verplicht om in die strafbaarstelling te voorzien. Wanneer hij zijn taken veronachtzaamt, kan de verplichting van de wetgever niet zonder meer worden ongevuld door de rechter.

De schending van de fundamentele rechten van anderen is derhalve wel degelijk een criterium dat bij de bestraffing van de bedrivers van bepaalde daden een voornamelijk rol speelt. Het gaat daarbij om de eerste plaats om een criterium dat zich tot de wetgever richt. Eigenlijk gaat het gewoon om een operationalisering van (een onderdeel) van het schadebeginsel en de moraliteit die als criteria van strafbaarstelling altijd al een rol hebben gespeeld. Een andere opvatting draagt het risico in zich dat burgers zich moeten richten naar de eisen van onduidelijke strafbaarstellingen waarvan het ongeschreven bereik wordt bepaald door bepaalde morele opvattingen die veronderstellenderwijs door een democratische meerderheid worden aangehangen. Dat leidt mogelijk tot een veroordeling door de rechter op morele gronden. Dat risico is met name aanwezig wanneer de concrete gedraging helemaal niet zo evident de schending van rechten van anderen inhoudt. Een voorbeeld daarvan biedt het kinderporno-arrest. Het verwijt dat de verdachte in die zaak in het licht van de fundamentele rechten van anderen zou kunnen worden gemaakt was dat hij met zijn bezit van een enkele pornografische af-

beelding een markt in stand houdt die de rechten van kinderen schendt. Dat lijkt mij zonder duidelijke strafbaarstelling een dubieuze grond voor bestraffing.

#### 1.4.3.2 Individueel reactief daadstrafrecht

In het voorgaande is uitgebreid ingegaan op de rechtvaardiging van strafbaarstelling en de noodzaak van legaliteit bij bestraffing. Daarmee zijn de eerste twee karakteristieken van het strafbaar feit voldoende uitgediept.

Een strafbaar feit is immers:

1. Een menselijke gedraging (gedachten en gevoelens zijn dus uitgezonderd),
2. die valt binnen de grenzen van een delictsomschrijving (legaliteit),
3. die wederrechtelijk is en
4. die aan schuld te wijten is.<sup>86</sup>

De laatste twee onderdelen van deze definitie behoeven in dit bestek geen uitgebreide bespreking. Alleen over de schuld volgt nog een enkel woord. De eis dat een strafbaar feit aan schuld te wijten moet zijn, houdt in dat de dader een verwijt moet kunnen worden gemaakt. De ondergrens hiervan wordt gevormd door de vermijdbaarheid.<sup>87</sup> In samenhang bezien betekenen de eisen dat sprake moet zijn van een gedraging en van schuld bij de dader dat strafbaarheid alleen voor eigen handelen kan bestaan. Ons strafrecht verzet zich er bijvoorbeeld tegen dat aan familieleden van de dader straf wordt opgelegd om de enkele reden dat zij familie zijn van de dader.

Ideaaltypisch zou het Nederlands strafrecht kunnen worden omschreven als een reactief daadstrafrecht. Het reactief karakter houdt in dat slechts bestraffing volgt na en naar aanleiding van een strafbare gedraging. Bestrafing voordat een strafbaar feit begaan is met het doel dat strafbaar feit te voorkomen is dus niet aan de orde.<sup>88</sup> Daarnaast is sprake van een individueel schuldstrafrecht. Voor het gedrag van anderen hoeft men niet in te staan en voor eigen gedragingen kan men slechts worden bestraft indien de gedraging verwijtbaar was. Deze voorstelling van zaken heeft de afgelopen eeuw aan betekenis ingeboet, althans een andere betekenis gekregen.

Dat betreft allereerst het reactieve karakter. Zowel in het materiële als in het formele strafrecht heeft een verschuiving naar voren plaats gevonden. Als voorbeeld kan worden gewezen op de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen, waarop hieronder nog uitgebreid zal worden ingegaan. Behoudens een enkel geval van strafbare spanning was ten tijde van de invoering van ons Wetboek voor strafbaarheid tenminste een begin van uitvoering vereist. De algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen in art. 46 Sr heeft het aantal gevallen waarin strafbaarheid ontstaat voordat de uitvoering van het misdrijf is aangevangen sterk uitgebreid.

De gedraging als basis voor strafrechtelijk daderschap is zeker niet achterhaald. Wel is haar betekenis veranderd. In de ogen van de wetgever van 1881 kenmerkte het strafbaar feit zich door een *gewilde spierbeweging* van de dader. Strafrechtelijk daderschap had

<sup>86</sup> P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht*, Een thematische inleiding, 5<sup>e</sup> druk, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2006, p. 581.

<sup>87</sup> Rammelink, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, o.c., p. 193.

<sup>88</sup> Bij poging is dit niet altijd duidelijk. Vandaar 'ideaaltypisch'.

dus met name de betekenis van een *doen*. Sinds de invoering van het Wetboek is steeds vaker aan de orde gekomen dat ook een *nalaten* strafrechtelijk relevant kan zijn. Dat geldt met name in het economisch verkeer en dan vooral ten aanzien van gedragingen door ondergeschikten. Bij functioneel ouderschap wordt de vader gestraft voor hetgeen hij een ander heeft laten doen alsof hij dat zelf gedaan heeft.<sup>89</sup> Niet het fysieke handelingsbegrip, maar opvattingen in het maatschappelijk verkeer bepalen in deze gevallen wie vader is.<sup>90</sup> Daarmee kan deze vorm van ouderschap in zekere zin worden aangemerkt als een vorm van strafrechtelijke *aansprakelijkheid* voor het gedrag van derden.<sup>91</sup> Het individuele karakter van ons strafrecht kan aldus worden gerelativeerd.<sup>92</sup> Als men deze voorstelling van zaken niet passend acht, moet in ieder geval worden opgemerkt dat de delictsom beschrijving ruim wordt uitgelegd. Die uitleg kan zo ruim worden dat hij vrij ver verwijderd raakt van het normale spraakgebruik. Vaak gaat het om een bepaalde bedrijfsvoering en een nalaten op een bepaald punt in te grijpen.<sup>93</sup>

Het bestaan van uitzonderingen en nuanceringen op de klassieke uitgangspunten neemt evenwel niet weg dat strafrechtelijk ouderschap in de regel gekoppeld is aan een verwijtbare fysieke gedraging van de vader zelf.

Deze inzichten zijn essentieel voor een waardering van de wijzigingen die met de WTM worden voorgesteld.

#### 1.4.3.3 Afsluitend: betekenis voor strafrechtelijke bestrijding van terrorisme

De hiervoor beschreven klassieke strafrechtelijke uitgangspunten verzetten zich ertegen dat op grond van een overtuiging straf wordt opgelegd. Grondslag voor de bestraffing dient in beginsel de schadelijke gedraging die door een meerderheid in de samenleving als immoreel wordt beschouwd en die reeds heeft plaatsgevonden te zijn. Daarbij geldt de wet voor iedereen, ongeacht persoonlijke motieven en intenties, in gelijke mate. In hoofdstuk 2 zal onderzocht worden of de formulering van het terroristisch oogmerk van art. 83a Sr niet te ver verwijderd raakt van deze uitgangspunten.

Op grond van de rechtspraak van het EHRM moet de wetgever verplicht geacht worden burgers te beschermen tegen terroristische aanslagen (onder meer) door die aanslagen strafbaar te stellen. Bij de strafrechtelijke bestrijding van terrorisme heeft de wetgever als uitgangspunt gekozen dat voorkomen beter is dan genezen. De gevolgen van terroristische aanslagen kunnen voor de samenleving zo desastreus zijn en zo veel mensenlevens eisen dat de wetgever meende dat een afwachtende houding niet kan worden verantwoord. Dat lijkt in overeenstemming te zijn met het doel van het EVRM en de daarop gebaseerde rechtspraak van het EHRM die erop gericht zijn in-

<sup>89</sup> R. van Elst, *Strafbare rechtspersonen en hun leidinggevers*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1997, p. 12, 13.

<sup>90</sup> R.A. Torringa, *Strafbaarheid van rechtspersonen*, dissertatie RUG, Gouda Quint, Arnhem, 1984, p. 20, 24, 31.

<sup>91</sup> Nieboer, *Strafrechtelijke zorgplichten*, o.c., p. 267, 268; Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, o.c., p. 226.

<sup>92</sup> Dat geldt in ieder geval voor het ouderschap van rechtspersonen (art. 51 Sr). Iedere handeling die aan de rechtspersoon wordt toegerekend is immers uiteindelijk verricht door een natuurlijk persoon.

<sup>93</sup> G. Knigge, *Doen en laten; enkele opmerkingen over ouderschap*, DD 22 (1992), afl. 2, p. 133, 134.

breuken op de door het Verdrag gewaarborgde rechten van burgers (ook wanneer die inbreuk gemaakt wordt door een andere burger) zo veel mogelijk te voorkomen. Vanwege de mogelijke spanningen met de eigen strafrechtelijk uitgangspunten die daardoor kunnen ontstaan, lijkt een zekere terughoudendheid daarbij evenwel op haar plaats. Met name wanneer strafrechtelijk daderschap wordt opgehangen aan de enkele bedoeling om een schadelijke en immorele gedraging (van welke gedraging zelf de strafwaardigheid / strafbaarheid niet ter discussie staat) te verrichten, bestaat het gevaar dat de wetgever zich te ver verwijdt van de klassieke strafrechtelijke uitgangspunten. In hoofdstuk 3 zal aan de orde komen of met de inwerkingtreding van de WTM in dat opzicht geen kritische grenzen worden overschreden. Met name de ruimhartige strafbaarstelling van samenspanning tot en voorbereiding van terroristische misdrijven zijn in dat verband mogelijk problematisch.

## 2 Terroristische misdrijven en het terroristisch oogmerk

Op 10 augustus 2004 is, als gezegd, de WTM in werking getreden waarmee Nederland uitvoering geeft aan het Kaderbesluit terrorismebestrijding. De kern van de WTM wordt gevormd door de art. 83 en 83a Sr. Deze bepalingen geven respectievelijk aan wat dient te worden verstaan onder terroristisch misdrijf en terroristisch oogmerk. De omschrijving van het terroristisch misdrijf in art. 1 van het kaderbesluit is daarmee als het ware in twee stukken gehakt. In dit hoofdstuk zullen allereerst de begrippen terroristisch misdrijf en terroristisch oogmerk worden besproken. Vervolgens zal (aan de hand van de zogenaamde *strafbare feiten in verband met terroristische activiteiten* en aan de hand van bepaalde terroristische misdrijven) aandacht worden besteed aan *het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken* dat eveneens met de inwerkingtreding van de WTM in het Nederlandse strafrecht is geïntroduceerd.

### 2.1 Art. 83 Sr: terroristische misdrijven

Art. 83 Sr geeft aan welke misdrijven terroristische misdrijven zijn. De bepaling onderscheidt daarin drie categorieën.

#### 2.1.1 De drie categorieën

De drie categorieën terroristische misdrijven van art. 83 Sr zijn in de memorie van toelichting getypeerd als de *ernstigste terroristische misdrijven*<sup>1</sup>, de *wettelijke strafverhogingsgronden*<sup>2</sup> en *specifieke terroristische misdrijven*<sup>3</sup>. Hieronder worden de drie categorieën één voor één besproken.

##### 2.1.1.1 Art. 83 onderdeel 1° Sr: de ernstigste terroristische misdrijven

De eerste categorie betreft enkele delicten die bedreigd worden met levenslange gevangenisstraf, zoals moord en aanslagen tegen de koning, staat en de regeringsraad. Dit zijn de zogenaamde *ernstigste terroristische misdrijven*. Voor sommige van deze delicten geldt dat ook de samenspanning hiertoe strafbaar is. Ook die strafbaarstellingen van samenspanning worden genoemd in art. 83 onderdeel 1° Sr.

Art. 83 onderdeel 1° Sr bepaalt dat deze misdrijven terroristische misdrijven zijn wanneer zij begaan worden met een terroristisch oogmerk. De omschrijving van dit terroristisch oogmerk vinden we vervolgens in het hieronder te bespreken art. 83a Sr.

Voor deze eerste categorie wordt geen strafverhoging voorgesteld. Bij de meeste delicten is dat ook helemaal niet mogelijk, die worden immers al met de hoogste straf bedreigd. Dat geldt evenwel niet voor de samenspanningbepalingen 96 en 121 Sr. De daar genoemde maximumstraf van tien jaar kan wel degelijk omhoog. De toelichtende stukken geven geen opheldering over het handhaven van de bestaande strafmaxima voor samenspanning. Een mogelijke rechtvaardiging zou gelegen kunnen zijn in de woorden van de Minister<sup>4</sup> dat op de delicten van onderdeel 1° 'indien zij zijn voltooid' levenslange gevangenisstraf is gesteld. Deze stelling is alleen juist wanneer de samenspanningfiguur als een onvolkomen delict wordt beschouwd. Kennelijk beschouwt de

---

<sup>1</sup> TK 2001–2002, 28463, nr. 3, p. 4.

<sup>2</sup> TK 2001–2002, 28463, nr. 3, p. 5.

<sup>3</sup> TK 2001–2002, 28463, nr. 3, p. 7.

<sup>4</sup> TK 2001–2002, 28463, nr. 3, p. 4.

Minister de samenspanning dus aldus.<sup>5</sup> In dat geval ligt het handhaven van de bestaande strafbepaling ook voor de hand. Als immers de straf voor het voltooid delict niet wordt verhoogd dan ligt het niet in de rede om de afgeleide strafbepaling wel aan te scherpen.

Deze keuze is niet strijdig met het kaderbesluit. Het kaderbesluit somt de misdrijven ten aanzien waarvan de verplichting tot strafverhoging bestaat in geval van aanwezigheid van een terroristisch oogmerk immers limitatief op. Samenspanning komt daarin niet voor.

De zin van het slechts, dus zonder strafverhoging, aanwijzen van bepaalde misdrijven als terroristisch misdrijf is met name gelegen in de toepasselijkheid van bepaalde voorschriften die speciaal voor terroristische misdrijven gelden. De minister noemt in dit verband art. 4 Sr (rechtsmacht) en art. 140a Sr (deelneming aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van terroristische misdrijven).<sup>6</sup> Daarnaast bestaat voor de toekomst de mogelijkheid om voor terroristische misdrijven te voorzien in andere opsporingsbevoegdheden<sup>7</sup>, bewijsvereisten of procedures<sup>8</sup>.

### 2.1.1.2 Art. 83 onderdeel 2° Sr: de wettelijke strafverhogingsgronden

De tweede categorie terroristische misdrijven wordt gevormd door de zogenaamde *wettelijke strafverhogingsgronden*.

Een voorbeeld van een dergelijke grond biedt art. 176a Sr. Als slotbepaling van Titel VII van het Tweede Boek van het WvSr (Misdrijven waardoor de algemene veiligheid van personen of goederen wordt in gevaar gebracht)<sup>9</sup> wijst art. 176a Sr een aantal bepalingen uit deze titel aan. Als één van deze feiten met een terroristisch oogmerk wordt begaan dan wordt de maximumstraf voor dat feit met de helft verhoogd. Is op

<sup>5</sup> EK 2003–2004, 28463, nr. C, p. 9. Op vragen van leden aan de Eerste Kamer antwoordt de minister dat samenspanning formeel een voltooid delict is maar materieel een onvolkomen delictvorm. Alhoewel er staatsrechtelijk maar één minister van justitie bestaat, kwam de WTM onder twee verschillende ministers tot stand. Na de indiening van het wetsvoorstel vond de wisseling van de wacht plaats. Het wetsvoorstel en de memorie van toelichting zijn van de hand van minister Korthals. De wijzigingen en verdediging in de beide kamers der Staten-Generaal vonden plaats onder het bewind van minister Donner. Bij de bespreking van de samenspanning hieronder zal blijken dat deze laatste minister vooral de nadruk legt op de betekenis van de strafbaarstelling van samenspanning als voltooid delict.

<sup>6</sup> TK 2002–2003, 28463, nr. 6, p. 10.

<sup>7</sup> Wet van 20 november 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven, Stb. 2006, 580; nog niet in werking getreden.

<sup>8</sup> Wet van 28 september 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met

<sup>9</sup> Het belang van deze misdrijven voor de bestrafing van terroristische aanslagen zou er mijns inziens met name in gelegen moeten zijn dat ook tot toepassing van een strafbepaling met een hoog strafmaximum mogelijk is bij aanslagen die juist niet gericht zijn op het maken van (dodelijke) slachtoffers. Zo waarschuwen met name de IRA en de ETA nog al eens de autoriteiten dat ergens een bom verstopt is. De waarschuwing is erop gericht de autoriteiten in de gelegenheid te stellen te voorkomen dat er dodelijke slachtoffers vallen. Vaak zullen de plegers ook bepaald niet onverschillig staan tegenover verlies van mensenlevens omdat de negatieve publiciteit die daarop volgt hun zaak negatief kan beïnvloeden (A. Pedain, *Intention and the Terrorist Example*, *Criminal Law Review* 2003, p. 583). Opzet op het letsel of de dood van de slachtoffers zal dan dus afwezig zijn. Wanneer het ontstaan van gevaren als gevolg van een aanslag die erop gericht is het maatschappelijk verkeer ernstig te ontregelen als normaal gevolg voorzienbaar was, mag evenwel best een zwaardere straf worden opgelegd dan mogelijk is op grond van delicten als vernieling of dood / zwaar lichamelijk letsel door schuld.

het feit een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren gesteld, dan leidt de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk tot de mogelijkheid om levenslange gevangenisstraf dan wel tijdelijke van ten hoogste (twintig thans) dertig jaren op te leggen.

De feiten waar het hier om gaat zijn onder meer het opzettelijk stichten van brand of teweegbrengen van een ontploffing (art. 157 Sr), de opzettelijke besmetting van lucht, water, bodem, goed, plant, dier of mens met radioactieve straling (art. 161quater) en de opzettelijke vernieling van een gebouw of getimmerte (art. 170 Sr) voor zover van het feit gemeengevaar voor goederen of levensgevaar voor een ander te duchten is. Het gaat hier om feiten die reeds voor de inwerkingtreding van de WTM met zware straffen werden bedreigd.

De strafverhoging heeft tot gevolg dat (bijvoorbeeld) in geval het misdrijf van art. 157 Sr (opzettelijk brand stichten of een explosie veroorzaken) wordt begaan terwijl daarvan gemeen gevaar van goederen te duchten is een tijdelijke gevangenisstraf van achttien jaren kan worden opgelegd. Omdat art. 10 lid 3 Sr de gevallen waarin een tijdelijke gevangenisstraf van meer dan vijftien jaren kan worden opgelegd limitatief opsomt, moest ook deze bepaling worden aangepast. Art. 176a Sr heeft tevens tot gevolg dat levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd wanneer van een opzettelijke brandstichting levensgevaar of gevaar voor zwaar lichamelijk letsel voor een ander te duchten is, zonder dat dit gevaar zich verwezenlijkt. De regering acht dit gerechtvaardigd in verband met het vreesaanjagende karakter dat een terroristische brandstichting kan hebben.<sup>10</sup> Hoe men deze rechtvaardiging ook waarderen wil, vastgesteld moet worden dat het hier om een ongewoon hoge straf gaat.

De levenslange gevangenisstraf is in het algemeen gereserveerd voor gevaarzettings- en geweldsdelicten waarbij een ander om het leven is gekomen en voor gewelddadige misdrijven tegen de veiligheid van de staat. Niet alle gevaarzettings- en geweldsdelicten als gevolg waarvan iemand komt te overlijden worden met levenslange gevangenisstraf bedreigd. De wetgever heeft met de WTM allereerst een aantal gevallen toegevoegd aan de gevaarzettings- en geweldsdelicten die met levenslange gevangenisstraf kunnen worden bestraft wanneer iemand als gevolg van dat feit overlijdt (bijvoorbeeld de art. 161 onder 3°, 161bis onder 4° en 303 lid 2 Sr) wanneer het feit wordt begaan met een terroristisch oogmerk. Daarnaast komt er dus ook een aantal gevallen (naast art. 157 onder 2° Sr valt te wijzen op art. 168 onder 1° Sr en art. 170 onder 2° Sr) bij waarin het te duchten zijn van levensgevaar in combinatie met het terroristisch oogmerk volstaat voor het opleggen van de hoogste straf.

*Duchten* houdt in dat een voorzichtige mens het ontstaan van gevaar van tevoren kon voorzien. Dat er ook daadwerkelijk gevaar ontstaat, is voor het te duchten zijn van gevaar niet vereist.<sup>11</sup> Potentieel gevaar is voldoende.<sup>12</sup> De verwezenlijking van het ge-

<sup>10</sup> TK 2001-2002, 28463, nr. 3, p. 5.

<sup>11</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c., aant. 11 bij art. 162 Sr; I.M. Koopmans, De strafbaarstelling van milieuverontreiniging, dissertatie RUL, Gouda Quint, Arnhem, 1996, p. 272; Stamhuis, Gemeen gevaar, o.c., p. 6-8.

<sup>12</sup> *Het hof is van oordeel dat van "het te duchten zijn van gevaar voor de veiligheid van het (lucht)verkeer" in de zin van artikel 162 en/of artikel 162a van het Wetboek van Strafrecht, eerst sprake is indien naar de gewone loop der dingen, zonder buitengewone omstandigheden, de ernstige mogelijkheid voor het ontstaan van een dergelijk gevaar aanwezig is* (Hof 's- Hertogenbosch 27 augustus 2003, NJ 2004, 30). Gesproken wordt van de mogelijkheid van het ontstaan van het gevaar niet van het werkelijk ontstaan of de verwezenlijking ervan.

vaar is voor het te duchten zijn ervan al helemaal niet vereist. Evenmin is vereist dat de dader de mogelijkheid van het ontstaan van dit gevaar heeft voorzien.<sup>13</sup> Het gevaar is dus onttrokken aan het opzet in de betreffende delictsomschrijving.<sup>14</sup> Van belang is slechts of als gevolg van de gedraging *naar de gewone loop der dingen zonder buitengewone omstandigheden de ernstige mogelijkheid van noodlottige afloop aanwezig is*.<sup>15</sup> Als het opzet van de dader niet op de dood van een ander gericht was en er tevens niemand dood is, lijkt levenslang toch wel erg straf.

In een enkel geval gaat de wetgever echter nog een stap verder. Dit is bijvoorbeeld het geval met art. 157 onder 2° Sr. Die bepaling bedreigt de opzettelijke brandstichting tevens met vijftien jaren gevangenisstraf indien daarvan zwaar lichamelijk letsel voor een ander te duchten is. Ook voor die brandstichting voorziet art. 176a Sr in de mogelijkheid van een levenslange gevangenisstraf wanneer het feit is gepleegd met een terroristisch oogmerk. Dan praten we dus over het geval dat er iemand brandwonden had kunnen oplopen, maar dit niet gebeurd is. Men kan zich afvragen of *het vreesaanjagende karakter dat een terroristische brandstichting kan hebben* zo zwaar mag wegen. Daarnaast dringt de vraag zich op waarom dit karakter zo exclusief aan de brandstichting verbonden wordt en bijvoorbeeld bij de vergiftiging van de drinkwatervoorziening (art. 172 Sr) minder aanwezig is.<sup>16</sup>

Ook art. 166 Sr koppelt het duchten van een ander gevaar dan levensgevaar aan een gevangenisstraf van vijftien jaren. De opzettelijke vernieling van veiligheidstekens voor de scheep- of luchtvaart is strafbaar indien hiervan gevaar voor de luchtvaart of scheepvaart te duchten is. Als de gedraging geen verdere gevolgen heeft dan dit gevaar kan een gevangenisstraf van twaalf jaren worden opgelegd (onderdeel 1°). Deze straf wordt verhoogd tot vijftien jaren indien het feit naast het duchten van dit gevaar ook het zinken, stranden of verongelukken van een (lucht)vaartuig ten gevolge heeft (onderdeel 2°). Als niet alleen gevaar voor de veiligheid van de scheep- of luchtvaart te duchten is, maar het feit tevens iemands dood ten gevolge heeft kan levenslange gevangenisstraf worden opgelegd. Door de strafverhoging van art. 176a Sr kan voor het feit van het tweede onderdeel een levenslange gevangenisstraf worden opgelegd wanneer het feit wordt begaan met een terroristisch oogmerk. Ook voor dat terroristisch misdrijf geldt dat niet vereist is dat werkelijk levensgevaar voor een ander te duchten is geweest van het feit.

In deze bepalingen komt het te duchten zijn van levensgevaar dus helemaal niet voor. Dat geldt ook voor andere bepalingen waarin het te duchten zijn van gevaar voor de veiligheid van het openbaar verkeer of het luchtvaartverkeer als bijkomende voorwaarde voor strafbaarheid is opgenomen (zoals de art. 162 en 162a Sr). Gevaar voor de veiligheid van het verkeer omvat vanzelfsprekend ook levensgevaar. Dat ieder gevaar

<sup>13</sup> Stamhuis, Gemeen gevaar, o.c., p. 10.

<sup>14</sup> Noyon, Langemeijer, Rammelink, o.c., aant. 1, 6 bij art. 157 Sr; Stamhuis, Gemeen gevaar, o.c., p. 12.

<sup>15</sup> Noyon, Langemeijer, Rammelink, o.c., aant. 2 bij art. 157 Sr.

<sup>16</sup> Indien van de gedraging *gevaar voor een ander te duchten is*, kan twaalf jaren (bij aanwezigheid van het terroristisch oogmerk achttien jaren) gevangenisstraf worden opgelegd. Eerst indien én levensgevaar voor een ander te duchten is van het feit én het feit iemands dood ten gevolge heeft, kan vijftien jaren (bij aanwezigheid van het terroristisch oogmerk levenslange) gevangenisstraf worden opgelegd.



voor de veiligheid van het verkeer ook levensgevaar impliceert is evenwel minder evident.

De veiligheid van het verkeer bestaat wanneer het verkeer zonder ongelukken plaats kan vinden.<sup>17</sup> Als door een gedraging ongelukken kunnen gebeuren, kan dus gezegd worden dat gevaar voor de veiligheid van het verkeer te duchten is door deze gedraging. Nu moet worden toegegeven dat ongevallen in het scheep- en luchtvaartverkeer snel tot doden kunnen leiden. Bijna altijd zal wanneer het gevaar bestaat dat zodanig ongeval zich voordoet ook het gevaar bestaan dat daarbij doden vallen. Daarbij eist art. 166 sub 2° Sr ook dat zich werkelijk een ongeval voordoet. Dat laat evenwel onverlet dat het niet uitgesloten is dat zodanig ongeval plaatsvindt zonder dat daarbij mensenlevens in het geding komen. Als dat ongeval zijn oorzaak vindt in een gedraging als bedoeld in art. 166 Sr die met een terroristisch oogmerk werd verricht, staat op die gedraging wel levenslange gevangenisstraf.

In art. 164 lid 1 Sr wordt een gevangenisstraf van vijftien jaren gesteld op het veroorzaken van gevaar voor het spoorwegverkeer. Alhoewel het opzet hier wel betrekking moet hebben op het gevaar en in die zin de strafwaardigheid groter is dan bij art. 166 onder 2° Sr is het ook hier de vraag of de aanwezigheid van een terroristisch oogmerk de levenslange gevangenisstraf kan rechtvaardigen. Dat geldt met name omdat het hier gaat om het geval dat dit gevaar niet heeft geresulteerd in overlijden. Voor het geval dat tevens iemand komt te overlijden verschaft art. 164 lid 2 Sr immers de mogelijkheid om een levenslange gevangenisstraf op te leggen.

### **2.1.1.3 Art. 83 onderdeel 3° Sr: specifieke terroristische misdrijven**

De derde categorie terroristische misdrijven wordt gevormd door de zogenaamde *specifieke terroristische misdrijven*. Het derde onderdeel van art. 83 Sr verwijst daarvoor naar een aantal nieuw ingevoegde strafbepalingen.

Deze bepalingen bevatten dan bekende strafbepalingen waaraan het terroristisch oogmerk is toegevoegd. Voorbeelden zijn deelneming aan een terroristische organisatie (art. 140a Sr), de terroristische gijzeling (art. 282b Sr) en de terroristische doodslag (art. 288a Sr). Het verschil met categorie 2° is dat de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk nu per delict kan worden beschouwd.

Waar bij categorie 2 deze aanwezigheid steeds aanleiding gaf tot een strafverhoging met de helft, kan bij categorie 3 naar delict worden gedifferentieerd. Zo gold in het oorspronkelijk wetsvoorstel dat deelneming aan een terroristische organisatie (art. 140a Sr) bedreigd werd met een straf van ten hoogste acht jaren terwijl aan oprichters, leiders en bestuurders vijftien jaren gevangenisstraf kon worden opgelegd.

Ten opzichte van de deelneming aan de 'gewone' criminele organisatie betekent dat strafverhogingen van twee jaar, of wel een derde, voor de gewone deelnemer en zeven jaar, of wel 87,5 %, voor de oprichters, leiders en bestuurders. Later zijn de sanctienormen bij amendement gewijzigd in vijftien jaren<sup>18</sup> respectievelijk levenslange<sup>19</sup> gevangenisstraf. Dit soort wijzigingen is voor een specifieke gedraging alleen aan te brengen wanneer voor de betreffende gedraging een aparte strafbepaling bestaat.

<sup>17</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c., aant. 11 bij art. 162 Sr.

<sup>18</sup> TK 2003-2004, 28463, nr. 14.

<sup>19</sup> TK 2003-2004, 28463, nr. 21.

Plaatsing in deze categorie ligt ook voor de hand indien de rol van het terroristisch oogmerk voor een bepaald misdrijf een andere is dan dat de dader het misdrijf heeft begaan met een terroristisch oogmerk. Dit geldt bijvoorbeeld voor art. 140a Sr, de deelneming aan een organisatie die het plegen van terroristische misdrijven tot oogmerk heeft. De strafbare gedraging *deelneming* behoeft niet met een terroristisch oogmerk te zijn begaan (al kan dat vanzelfsprekend wel). Het gaat erom dat de organisatie met het begaan van bepaalde misdrijven de verwezenlijking van het terroristisch oogmerk beoogt. Dat effect kan met de formulering van de *algemene strafverhogingsgronden* niet worden bereikt. Een variatie op deze categorie betreft de misdrijven die volgens het derde onderdeel van art. 83 Sr terroristische misdrijven zijn indien zij zijn *begaan met een terroristisch oogmerk of met het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken* (zie bijvoorbeeld art. 79 Kernenergiewet). Omdat hier ook een ander oogmerk dan het terroristisch oogmerk de aanwijzing als terroristisch misdrijf mogelijk moet maken, kan niet met de formulering van de *algemene strafverhogingsgronden* worden volstaan.

In het geval van art. 288a Sr lijkt de keuze voor een aparte strafbaarstelling slechts door een praktisch argument te worden gerechtvaardigd. Geheel conform de uitgangspunten van de WTM wordt de sanctienorm voor doodslag verhoogd van vijftien jaren gevangenisstraf tot levenslang indien het misdrijf is begaan met een terroristisch oogmerk. Nu doodslag het enige misdrijf is uit de betreffende Titel waarvoor de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk tot strafverhoging leidt, kon even goed gekozen worden voor een aparte strafbaarstelling als voor een strafverhogingsgrond. Onder die omstandigheden heeft de aparte strafbaarstelling de voorkeur omdat zij makkelijker leesbaar is.

## **2.1.2 De strafverhogingen van de WTM**

Het systeem van de WTM is in de kern dus, behoudens een enkele uitzondering, steeds strafverhoging met de helft. Bij misdrijven die bedreigd worden met een gevangenisstraf van vijftien jaren wanneer zij zonder terroristisch oogmerk zijn gepleegd, was strafverhoging met de helft niet mogelijk. Ten tijde van de invoering van de WTM was de maximale duur van de tijdelijke gevangenisstraf immers twintig jaren. Vijftien jaren plus de helft van vijftien jaren is tweeëntwintig en een half jaar. De wetgever moest voor die misdrijven dus kiezen tussen een tijdelijke gevangenisstraf van ten hoogste twintig jaren of levenslange gevangenisstraf. Waarom die keuze ten faveure van de levenslange gevangenisstraf is uitgevallen, wordt in de parlementaire stukken niet gemotiveerd.

### **2.1.2.1 Conformiteit met de systematiek van strafverhoging voor de WTM**

Over de strafverhoging van de WTM kan allereerst worden opgemerkt dat zij niet vanzelfsprekend is.

Mevis staat kritisch tegenover de systematiek van strafverhoging van de WTM. Hij vraagt zich af waarom het terroristisch misdrijf aan art. 10 lid 3 Sr is toegevoegd terwijl bij andere misdrijven en andere gronden voor strafverhoging, met uitzondering van de drie gronden die reeds sedert de invoering van het Wetboek in art. 10 lid 3 Sr zijn

neergelegd, altijd is aanvaard dat strafverhoging niet kon leiden tot een hogere sanctienorm dan vijftien jaren gevangenisstraf.

Daarenboven stelt hij de vraag aan de orde waarom hier wordt afgeweken van de andere strafverhogingsgronden die kunnen leiden tot een sanctienorm van vijftien tot twintig jaren gevangenisstraf. Die gronden, samenloop (art. 57 lid 2 Sr), recidive (destijds art. 421–423 Sr, thans art. 43a en 43b Sr)<sup>20</sup> en ambtsmisdrijf (art. 44 Sr), kennen allemaal een strafverhoging met een derde.

Een ander verschil met de drie klassieke strafverhogingsgronden van art. 10 lid 3 Sr is gelegen in het feit dat alleen bij terroristische misdrijven een strafverhoging van een tijdelijke naar een levenslange gevangenisstraf bestaanbaar is.

Op de strafverhoging met de helft en de verhoging van de tijdelijke gevangenisstraf van vijftien jaren tot levenslang heeft Mevis ook (naast het feit dat de strafverhoging wegens terroristisch misdrijf afwijkt van de andere strafverhogingsgronden van art. 10 lid 3 Sr) nog andere kritiek. Zo merkt hij op dat de verhoging van een tijdelijke naar levenslange gevangenisstraf in ons strafrecht wel vaker voorkomt maar dat het daarbij gaat om beperkte gronden die dit effect bij een beperkt aantal delicten sorteren. De WTM introduceert hier *een bredere toepassing op algemenere basis van (bovendien) een subjectieve gezindheid*. Het is volgens hem de vraag of terrorisme die invloed zou moeten hebben op de sanctienorm.

Over de strafverhoging met de helft merkt hij op dat *strafmaximumverhogende omstandigheden*<sup>21</sup> tot de inwerkingtreding van de WTM altijd gekenmerkt werden door een strafverhoging met een derde. Dat deze afwijking door de effectiviteit ervan of door de actuele dreiging van terrorisme wordt gerechtvaardigd, is op geen enkele wijze in de memorie van toelichting gesteld of aannemelijk gemaakt.<sup>22</sup> De strafverhoging met de helft is wel zodanig dat het openbaar ministerie en de rechter daaraan niet zonder meer voorbij kunnen gaan.

Daarop sluit ook het laatste punt van kritiek dat Mevis naar voren brengt aan. De redactie van de strafverhogingen sluit aan op die van strafbepalingen en niet op die van andere strafmaximumverhogende omstandigheden. De formulering is in de strafmaximumverhogende bepalingen van de WTM steeds *wordt de tijdelijke gevangenisstraf met de helft verhoogd en wordt, indien op het misdrijf een tijdelijke gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren is gesteld, levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren opgelegd*.

<sup>20</sup> Gewijzigd bij de Wet herijking strafmaxima (Wet van 22 december 2005 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en de Wegenverkeerswet 1994, in verband met de herijking van een aantal wettelijke strafmaxima, Stb. 2006, 11). In de oude bepalingen werd ten aanzien van bepaalde specifiek aangewezen misdrijven bepaald dat de sanctienorm met een derde kon worden verhoogd indien het feit is gepleegd binnen vijf jaren na (onder meer) het ondergaan van de straf voor het plegen van, kort gezegd, een soortgelijk misdrijf. De nieuwe regeling bevat een regeling voor alle misdrijven. Volgens art. 43a Sr kan de sanctienorm van een misdrijf met een derde worden verhoogd *indien tijdens het plegen van het misdrijf nog geen vijf jaren zijn verlopen sedert een veroordeling van de schuldige tot gevangenisstraf wegens een daaraan soortgelijk misdrijf in kracht van gewijsde is gegaan. De termijn van vijf jaren wordt verlengd met de tijd waarin de veroordeelde rehtens zijn vrijheid is ontnomen*.

<sup>21</sup> Met deze term duidt hij op bepalingen in het Wetboek van Strafrecht waardoor de strafmaxima van verschillende strafbepalingen met een vast deel van het betreffende maximum worden verhoogd. Gewezen kan worden op de art. 267, 304, 309, 354 (en, destijds, 421–423) Sr. De WTM bestaat voor een groot deel uit dergelijke bepalingen. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op art. 176a Sr.

<sup>22</sup> De Raad van State merkt in zijn advies zelfs op niets van de strafverhoging te verwachten. Overtuigingsdaders die bereid zijn hun eigen leven op te offeren zullen zich immers door geen enkele strafverhoging laten weerhouden (TK 2001–2002, 28463, nr. B, p. 2).

Bij andere strafmaximumverhogende omstandigheden wordt steeds gesteld dat op een bepaald misdrijf gestelde straffen *met een derde kunnen worden verhoogd*. Weliswaar maakt de wijze van formuleren voor de straftoemingsvrijheid van de rechter niets uit, er gaat wel een signaal van uit. Dat signaal is, net als bij de forse strafverhoging, dat terrorisme door de rechter niet slechts zwaarder kan, maar ook zwaarder moet worden bestraft. Als de wetgever dit signaal niet wilde afgeven had hij ofwel dezelfde redactie moeten kiezen die de bestaande strafmaximumverhogende omstandigheden kenmerkt ofwel, indien hij meent dat de nieuwe redactie te voorkeur verdiend, de redactie van de bestaande bepalingen moeten aanpassen aan die van de strafmaximumverhogende bepalingen van de WTM.<sup>23</sup>

De kritiek van Mevis moet in de kern worden onderschreven. Haar belang moet evenwel niet worden overdreven. Mevis zelf geeft immers aan dat er geen strafproces-suele consequenties volgen uit de keuze van de wetgever voor een gekwalificeerd delict of een strafverhogende omstandigheid. Of het onderscheid wel van belang is voor andere leerstukken dan strafbaarheid en techniek van telastlegging is nog maar de vraag.<sup>24</sup> Bij gekwalificeerde delicten komen we de beide hoofdpunten van de systematiek van de WTM al langer tegen. Hierboven bleek dat Mevis zelf ook erkent dat verhoging van een tijdelijke gevangenisstraf tot een levenslange ook op andere plaatsen in het Wetboek voorkomt. Het gaat daarbij om de art. 108 lid 2, 115 lid 2, 117 lid 2, 157 onderdeel 3°, 161quater onderdeel 2°, 164 lid 2, 166 onderdeel 3°, 168 onderdeel 2°, 170 onderdeel 3°, 174 lid 2, 282a lid 2, 288 en 289 (beide als gekwalificeerde variant van art. 287 Sr) en 385a lid 3 Sr. Als strafverhogende omstandigheden in verband waarmee in plaats van een tijdelijke gevangenisstraf levenslange gevangenisstraf opgelegd kan worden, komen in deze bepalingen voor de dood ten gevolge (art. 108, 115, 117, 157, 164, 166, 168, 170, 174, 282a en 385a Sr), voorbedachten rade (art. 108, 115, 117 en 289 Sr) en, kort gezegd, dat het feit plaatsvindt om een ander misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken (art. 288 Sr).<sup>25</sup> Het betreft dus inderdaad een tamelijk beperkt aantal delicten en een beperkt aantal gronden. Aan deze veertien bestaande gevallen voegt de WTM er dan, aan het Wetboek van Strafrecht, zeventien toe.<sup>26</sup> Dat is meer dan een verdubbeling van het totale aantal en dus in relatief opzicht een forse uitbreiding. In absolute termen ligt dat anders. Als veertien gevallen een be-

<sup>23</sup> P.A.M. Mevis, Enkele opmerkingen over aard, formulering en toepassing van bepaalde straf(maximum)verhogende omstandigheden, recidive en terroristisch misdrijf in het bijzonder, in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende Schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2003, p. 441-443.

<sup>24</sup> Mevis, Enkele opmerkingen over aard, formulering en toepassing van bepaalde straf(maximum)verhogende omstandigheden, recidive en terroristisch misdrijf in het bijzonder, o.c., p. 436.

<sup>25</sup> Het feit dat de strafverhoging van tijdelijke gevangenisstraf tot levenslange ook op andere gronden dan het feit dat het feit de dood ten gevolge heeft, plaats kan vinden, brengt vanzelfsprekend niet zonder meer mee dat in die gevallen de dood van een ander niet vereist is. De strafverhoging van moord ten opzichte van doodslag schuilt echter in de voorbedachten rade en niet in de dood. Bij de misdrijven van de art. 108, 115 en 117 Sr is in het tweede lid, naast de dood, als alternatieve grond voor de strafverhoging voorbedachten rade opgenomen. Bij deze misdrijven kan de straf dus tot levenslang worden verhoogd zonder dat er iemand ten gevolge van het feit is overleden.

<sup>26</sup> Het betreft dan de art. 108 lid 1, 115 lid 1, 140a lid 2, 157 onderdeel 2°, 161 onderdeel 3°, 161bis onderdeel 4°, 161sexies onderdeel 4°, 162 onderdeel 2°, 162a onderdeel 2°, 172 lid 1 onderdeel 2°, 173a onderdeel 2°, 174 lid 1, 282b (als gekwalificeerde variant van art. 282 Sr), 288a, 303 lid 2, 385b lid 1 onderdeel 3° en 385d onderdeel 3° Sr.

perkt aantal is dan zal de toevoeging van nog eens zeventien gevallen in de regel de toevoeging van een beperkt aantal gevallen behelzen.

Ook het aantal gronden waarop deze strafverhoging in de WTM plaatsvindt, is beperkt. Het gaat om drie gronden, te weten de drie varianten van het terroristisch oogmerk. Dat laat onverlet dat niet steeds duidelijk is dat in het gegeven geval een levenslange gevangenisstraf gerechtvaardigd kan zijn. Dat geldt met name bij die delicten waar levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd zonder dat iemand ten gevolge van het misdrijf is overleden, terwijl ook het opzet van de dader niet op de dood van een ander was gericht (daarin onderscheiden deze gevallen zich van de *aanslag op het leven* van de art. 108, 115 en 117 Sr waar eveneens levenslang zonder dat iemand overleden is, kan worden opgelegd indien het feit werd begaan met een terroristisch oogmerk) en soms zelfs helemaal geen gevaar voor enig leven hoeft te hebben bestaan of hebben kunnen ontstaan.

Voor de inwerkingtreding van de WTM werden voor het overige, naast bepaalde misdrijven die slechts in geval van een dodelijk slachtoffer voltooid konden zijn, slechts misdrijven die het voortbestaan, functioneren of de veiligheid van de staat bedreigen<sup>27</sup> met levenslange gevangenisstraf bedreigd.<sup>28</sup> Van een dergelijke bedreiging heeft, zoals hieronder nog aan de orde zal komen<sup>29</sup>, in geval van terroristische misdrijven zeker niet altijd sprake te zijn. Dat de wetgever zich steeds heeft afgevraagd of het betreffende misdrijf wel met levenslange gevangenisstraf bedreigd zou moeten worden, wordt, en voor zover Mevis daarop doelt heeft hij volledig gelijk, door het gebruik van algemene strafverhogingsbepalingen zoals art. 176a Sr minder verzekerd dan wanneer voor ieder delict een aparte gekwalificeerde strafbepaling zou zijn opgenomen. Met name wanneer de wetgever later wijzigingen aanbrengt in sanctienormen die door dergelijke algemene schakelbepalingen worden beïnvloed, is niet zonder meer verzekerd dat hij zich van alle consequenties van zijn wijziging bewust is geweest.

Ook de strafverhoging met de helft is op zich zelf geen onbekende in het Nederlands strafrecht. Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op de art. 417 en 420ter Sr die de sanctienorm van respectievelijk opzetheling en witwassen verhogen van vier naar zes jaren voor het geval dat de dader van het betreffende misdrijf een gewoonte maakt. Hier betreft het evenwel geen algemene strafverhogende omstandigheden, maar gaat het om een incidentele strafverhoging voor een enkel delict. Deze strafverhoging leidt ook niet tot de mogelijkheid om een tijdelijke gevangenisstraf die de duur van vijftien jaren te boven gaat op te leggen. In zoverre wijkt de wetgever met de WTM ook hier af van de vertrouwde systematiek.

Op zich zelf lijken de verschillende afwijkingen van de bestaande systematiek helemaal niet zo ingrijpend. Dat zijn zij waarschijnlijk ook niet. De gezamenlijkheid van deze afwijkingen schept evenwel in potentie een totaalbeeld waarvan het belang verder gaat

<sup>27</sup> In zekere zin behoren ook de misdrijven van de art. 108, 115 en 117 Sr tot deze categorie. Dat geldt echter min of meer indirect. De strafrechtelijke bescherming van vreemde staatshoofden en andere internationaal beschermde personen dient de instandhouding van internationale relaties met andere staten en daarmee de internationale vrede en veiligheid. Die vrede en veiligheid dient uiteraard de soevereiniteit en het functioneren van de Nederlandse staat.

<sup>28</sup> In het Wetboek van Strafrecht gaat het dan om de art. 92-95a, 97 lid 1, 97a, 98a lid 2, 102 en 121 Sr.

<sup>29</sup> Zie onder meer de paragrafen 2.2.1.2 en 3.3.1.2.

dan dat van de afzonderlijke afwijkingen. Met het cumulatieve effect van meerdere geringe afwijkingen en ogenschijnlijk betekenisloze uitzonderingen kan uiteraard een tamelijk grote breuk met het systeem van strafverhoging worden bereikt.

### 2.1.2.2 Verhoging tot levenslang en de Wet herijking strafmaxima

Op deze plaats is met name de mogelijkheid dat een tijdelijk strafmaximum bij aanwezigheid van het terroristisch oogmerk verhoogd kan worden tot levenslange gevangenisstraf van belang. In de systematiek van de WTM zou, als gezegd, een strafverhoging met de helft voor misdrijven die met een gevangenisstraf van vijftien jaren worden bedreigd, geleid hebben tot een sanctienorm van tweeëntwintig en een half jaar gevangenisstraf. Die sanctienorm was in het licht van art. 10 Sr zoals dat ten tijde van de totstandkoming van de WTM luidde niet bestaanbaar. Het absolute maximum van de tijdelijke gevangenisstraf was immers twintig jaren. De wetgever moest dus kiezen tussen een strafmaximum van twintig jaren of levenslange gevangenisstraf (met een tijdelijke gevangenisstraf van twintig jaren als alternatief).

Waarschijnlijk, de wetsgeschiedenis zwijgt daarover, meende de wetgever dat het minder gelukkig zou zijn om juist bij de zwaarste misdrijven waar nog strafverhoging mogelijk was<sup>30</sup> naar onderen af te wijken van de hoofdregel van strafverhoging met de helft. Dan restte hem inderdaad niets anders dan verhoging van het strafmaximum tot levenslang.

Bij de principiële toelaatbaarheid van deze keuze kunnen wel vraagtekens worden gezet. De keuze voor levenslange of tijdelijke gevangenisstraf zou, zowel door de rechter in het concrete geval als door de wetgever in het algemeen, vooraf moeten gaan aan het beantwoorden van de vraag of de maximale duur van de tijdelijke gevangenisstraf voor het feit als sanctienorm of straf volstaat. Allereerst moet de vraag worden beantwoord of de ernst van het feit kan rechtvaardigen dat de veroordeelde nimmer meer in de samenleving terug mag keren. Wanneer die vraag ontkennend wordt beantwoord, is zowel de wetgever als de rechter gebonden aan de maximale duur van de tijdelijke gevangenisstraf zoals die in de onderscheiden leden van art. 10 Sr is neergelegd.<sup>31</sup>

### De Wet herijking strafmaxima

Op 27 november 1997 neemt de Tweede Kamer met algemene stemmen een motie aan waarin de regering wordt verzocht aan de Kamer een inventarisatie van strafmaxima (in de eerste plaats van het Wetboek van Strafrecht) en voorstellen met betrekking tot een eventuele herijking van deze strafmaxima te doen toekomen. Aanleiding voor het verzoek was de constatering

dat op strafbare feiten strafmaxima zijn gesteld, die deels historisch bepaald zijn, maar thans op zichzelf en in hun onderlinge verhouding niet meer tot uitdrukking behoeven te brengen in welke mate het strafbare feit maatschappelijk onaanvaardbaar wordt geacht;

<sup>30</sup> Bij misdrijven die reeds met levenslang werden bedreigd, was verdere strafverhoging vanzelfsprekend niet mogelijk. De zwaarste misdrijven waarvan de straf nog kon worden verhoogd, werden dus bedreigd met vijftien jaren gevangenisstraf.

<sup>31</sup> De rechter is daarenboven uiteraard ook nog gebonden aan de sanctienorm(en) van de toepasselijke delictomschrijving(en).

Het belang van adequate strafmaxima schuilt volgens de motie in het grote aantal strafrechtelijke en strafvorderlijke consequenties dat aan het in de wet opgenomen strafmaximum verbonden is.<sup>32</sup>

Naar aanleiding van deze motie verzoekt de minister van justitie de Katholieke Universiteit Brabant en de Universiteit van Leiden een inventariserend onderzoek te verrichten naar de wettelijke strafmaxima. Dit onderzoek wordt voltooid in 1999.<sup>33</sup> Op 22 juli 2002 wordt het wetsvoorstel ingediend. Op 22 december komt de Wet tot stand en op 1 februari treedt hij in werking.<sup>34</sup>

De belangrijkste wijziging die door deze Wet in het materiële strafrecht wordt aangebracht is de verhoging van de maximale duur van de tijdelijke gevangenisstraf van twintig tot dertig jaren. Het oorspronkelijke amendement waarbij deze verhoging werd voorgesteld werd op 22 januari 2004 bij de Tweede Kamer ingediend.<sup>35</sup>

De WTM die op 10 augustus 2004 in werking is getreden, was toen nog niet definitief vastgesteld (dat gebeurde op 24 juni 2004). In het oorspronkelijke amendement werd met de WTM dan ook geen rekening gehouden. Deze omissie is gaandeweg de behandeling van het wetsvoorstel hersteld.<sup>36</sup>

Het amendement is, blijkens zijn toelichting bij alle versies die ervan zijn ingediend, niet bedoeld om de gevangenisstraf voor de misdrijven waarop het betrekking heeft te verhogen. Sterker, het amendement lijkt juist mitigerend bedoeld te zijn. De indieners ervan lichten het amendement als volgt toe:

In het huidige strafrecht geldt een maximale tijdelijke gevangenisstraf van twintig jaar voor delicten waarvoor ook een levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd. Het verschil tussen deze maximale tijdelijke straf en de levenslange gevangenisstraf is groot. Dit geldt zeker bij het huidige systeem van vervroegde invrijheidsstelling na tweederde van de opgelegde straf. De tijdelijke gevangenisstraf is daardoor in de praktijk maximaal ruim dertien jaar. Als gevolg daarvan wordt nu incidenteel een levenslange gevangenisstraf opgelegd, omdat de rechter de netto periode van een tijdelijke celstraf te kort vindt. Op levenslange gevangenisstraf is geen vervroegde invrijheidsstelling van toepassing.

Met dit amendement wordt in artikel 10, derde en vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht, de maximaal op te leggen gevangenisstraf verhoogd van twintig naar dertig jaar. Deze aanpassing is ook doorgevoerd bij de afzonderlijke delicten waarvoor naast een tijdelijke ook levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd.

Door deze aanpassing krijgen rechters en officieren van justitie meer armslag om recht te doen aan de ernst van bepaalde strafbare feiten zonder dat een levenslange gevangenisstraf behoeft te worden opgelegd.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> TK 1997-1998, 24219, nr. 18.

<sup>33</sup> J. de Hullu, I. M. Koopmans, Th. A. de Roos, Het wettelijk strafmaximum. Een onderzoek naar het patroon van strafmaxima in het commune en het bijzondere strafrecht, Monografieën Strafrecht, Gouda Quint b.v., Deventer, 1999.

<sup>34</sup> Stb. 2006, 23.

<sup>35</sup> TK 2003-2004, 28484, nr. 10.

<sup>36</sup> Het betreffende amendement is meerdere malen gewijzigd; TK 2003-2004, 28484, nr. 11, TK 2003-2004, 28484, nr. 32 en TK 2003-2004, 28484, nr. 45.

<sup>37</sup> TK 2003-2004, 28484, nr. 45, p. 5.

Art. 10 lid 2 Sr bepaalt dat de tijdelijke gevangenisstraf ten hoogste vijftien jaren kan bedragen. Art. 10 Sr richt zich zowel tot de rechter als tot de wetgever. De wetgever moet volgens het eerste lid voor iedere strafbaarstelling als misdrijf kiezen tussen levenslange of tijdelijke gevangenisstraf. Bij de keuze voor tijdelijke gevangenisstraf mag deze volgens art. 10 lid 2 Sr, afgezien van de mogelijkheden die het derde lid van art. 10 Sr daartoe biedt, de duur van vijftien jaren niet overschrijden.<sup>38</sup>

Art. 10 lid 3 Sr stipuleert in welke gevallen een tijdelijke gevangenisstraf kan worden opgelegd die de duur van vijftien jaren overschrijdt. Dat kan onder meer in het geval dat sprake is van meerdaadse samenloop of indien op het betreffende misdrijf ter keuze van de rechter levenslange of tijdelijke gevangenisstraf is gesteld. Sinds de inwerkingtreding van de WTM kan dat ook in geval van terroristisch misdrijf.

Voor de inwerkingtreding van de Wet herijking strafmaxima kon de tijdelijke gevangenisstraf de duur van twintig jaren nimmer te boven gaan (art. 10 lid 4 (oud) Sr). Samenloop van een misdrijf dat bedreigd werd met achttien jaren gevangenisstraf<sup>39</sup> en een ander misdrijf kon dus niet leiden tot een gevangenisstraf van bijvoorbeeld vierentwintig jaren. De tijdelijke gevangenisstraf van twintig jaren kon niet worden verhoogd.

Indien op een misdrijf levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren was gesteld, was dit ook de keuze waar de rechter voor stond, ook in geval van meerdaadse samenloop met een ander misdrijf. Daarbij verdient dan nog opmerking dat de oplegging van een gevangenisstraf van twintig jaren, door de vervroegde invrijheidstelling van art. 15 lid 2 Sr, een feitelijke oplegging van dertien jaren en vier maanden gevangenisstraf behelsde.<sup>40</sup>

Uit de toelichting van het amendement blijkt dat de indieners ervan het verschil tussen de levenslange gevangenisstraf en de maximale duur van de tijdelijke te groot vonden. Het amendement heeft tot doel dit zogenaamde strafgat te dichten. Daartoe wordt dan zowel in het derde als in het vierde lid van art. 10 Sr de beperking tot twintig jaren vervangen door een beperking tot dertig jaren.

Daarmee zijn de mogelijkheden tot oplegging van een gevangenisstraf tussen de twintig en de dertig jaren ruimer geworden dan waartoe de toelichting een legitimatie verschafft. Immers ook in geval van meerdaadse samenloop van een misdrijf dat met achttien jaren gevangenis wordt bedreigd met een ander misdrijf kan nu een tijdelijke gevangenisstraf van meer dan twintig jaren worden opgelegd. Fundamenteel verschil tussen deze mogelijkheid en de dichting van het strafgat is het feit dat de straf die maximaal opgelegd kan worden hier wel wordt verhoogd.

Of in plaats van levenslange gevangenisstraf een tijdelijke gevangenisstraf van twintig of van dertig jaren kan worden opgelegd, maakt voor de zwaarste straf die voor het misdrijf kan worden opgelegd niets uit. Die hoogste straf is en blijft levenslange gevangenisstraf. Van een strafverhoging is dan feitelijk geen sprake. Bij gevallen van samenloop ligt dit anders. Als eerst ten hoogste twintig jaren gevangenisstraf kon worden opgelegd

<sup>38</sup> Mevis, *Capita Strafrecht*, o.c., p. 606.

<sup>39</sup> Een dergelijke sanctienorm lijkt niet bestaanbaar in verband met het voorschrift van art. 10 lid 2 Sr. De WTM heeft die sanctienorm voor terroristische misdrijven wel mogelijk gemaakt. Dat volgt uit de toevoeging van het terroristisch misdrijf aan art. 10 lid 3 Sr die bij de inwerkingtreding van de WTM heeft plaatsgevonden.

<sup>40</sup> Twintig jaren is tweehonderdveertig maanden. Tweederde van tweehonderdveertig maanden is honderdzesentwintig maanden. Honderdzesentwintig maanden is dertien jaren en vier maanden.



en vervolgens ten hoogste vierentwintig jaren heeft feitelijk een strafverhoging plaatsgevonden. De indiener van het amendement stelde in het wetgevingsoverleg van de vaste kamercommissie voor justitie juist dat het amendement niet bedoeld was om *het palet van straffen in het algemeen te verzwaren*. Sterker, het amendement zou juist bedoeld zijn om het aantal veroordelingen tot levenslange gevangenisstraf terug te dringen.<sup>41</sup>

Tegen het amendement werden wel bezwaren naar voren gebracht die hielden echter geen verband met de verhoging van de straf voor bijvoorbeeld gevallen van samenloop. Veeleer ging het erom of het strafgat niet gedicht moest worden door een aanpassing van de regeling voor de vervroegde invrijheidstelling, of de rechter niet verleid zou worden tot het opleggen van dertig jaren gevangenisstraf in gevallen die ten tijde van de behandeling van het wetsvoorstel werden afgedaan met twintig jaar en of mensen in het algemeen en de rechter in het bijzonder zich nog wel een voorstelling kunnen maken bij dertig jaren.<sup>42</sup> Bij deze stand van zaken had het voor de hand gelegen de verhoging van de maximale duur van de tijdelijke gevangenisstraf te beperken tot het geval waarvoor zij is bedoeld, te weten het geval dat de rechter geconfronteerd wordt met het dilemma levenslang of dertien jaar en vier maanden gevangenisstraf opleggen. Dit had het best vormgegeven kunnen worden door regeling in een apart lid.

Om ook daadwerkelijk de mogelijkheid te scheppen voor de rechter om een tijdelijke gevangenisstraf van dertig jaren op te leggen voor alle misdrijven die met levenslang bedreigd worden, bevat het amendement voor alle misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd het voorstel om de tijdelijke gevangenisstraf te verhogen van twintig naar dertig jaren.

### **De levenslange gevangenisstraf van de WTM in het licht van de Wet herijking strafmaxima**

In de toelichting bij de laatste gewijzigde versie die van het amendement is ingediend, valt te lezen:

Daarbij zijn ook wijzigingen doorgevoerd in de misdrijven die in het Wetboek van Strafrecht worden ingevoegd door de Wet terroristische misdrijven. Dit amendement verhoogt de tijdelijke gevangenisstraf ook bij deze misdrijven naar maximaal dertig jaar.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> TK 2003-2004, 28484, nr. 34, p. 6. Het is overigens de vraag waar de stelling op is gebaseerd dat de rechter nog al eens levenslange gevangenisstraf oplegt om de enkele reden dat hij de maximale duur van de tijdelijke gevangenisstraf te gering acht. De indiener van het amendement stelt (TK 2003-2004, 28484, nr. 34, p. 6), zonder nadere toelichting, dat advocaten in de praktijk deze tendens signaleren en om een verhoging van de maximale duur van de tijdelijke gevangenisstraf vragen. Achter die stelling gaat, naar het mij voorkomt, een nogal zwaar verwijt aan de rechter schuil. Een dergelijke wijze van straftoemeting is immers een flagrante schending van de systematiek van art. 10 Sr. Die systematiek dwingt de rechter immers, in gevallen waarin levenslange gevangenisstraf mogelijk is, voor alles de principiële keuze te maken tussen tijdelijke of levenslange gevangenisstraf. Slechts indien hij van mening is dat de verdachte (in beginsel) nimmer in de samenleving terug mag keren, mag hij levenslang opleggen. Indien de rechter meent dat de verdachte na het ondergaan van een lange vrijheidsstraf een nieuwe kans verdient, staat de mogelijkheid om levenslang op te leggen dus niet langer open. Hij moet dan kiezen voor een tijdelijke gevangenisstraf. De duur daarvan wordt door de toepasselijke delictomschrijvingen en de voorschriften van art. 10 Sr beperkt. Die beperking mag de rechter een doorn in het oog zijn, negeren mag hij haar niet. Ook niet, of wellicht juist niet, door dan maar te kiezen voor een levenslange in plaats van een tijdelijke gevangenisstraf.

<sup>42</sup> TK 2003-2004, 28484, nr. 34; met name p. 6, 30.

<sup>43</sup> TK 2003-2004, 28484, nr. 45, p. 5.

Het amendement zoals dat uiteindelijk op 30 juni 2004 aan het wetsvoorstel is toegevoegd, houdt dus rekening met de op dat moment wel vastgestelde, maar nog niet in werking getreden WTM. De vraag is evenwel of dat wel op de juiste manier is gebeurd.

Door de inwerkingtreding van de Wet herijking strafmaxima had de basissystematiek van de WTM (strafverhoging met de helft), hoe gebrekkig die systematiek op zich zelf ook moge zijn, wel consequent kunnen worden doorgevoerd. Met de wijziging van art. 10 Sr die door de inwerkingtreding van de Wet herijking strafmaxima heeft plaatsgevonden, is een tijdelijke gevangenisstraf van tweeëntwintig en een half jaar immers wel mogelijk geworden.

Dat had de wetgever moeten nopen tot een herwaardering van de generieke strafverhoging van een gevangenisstraf van vijftien jaren tot levensslang. Bij specifieke strafbaarstellingen van terroristisch misdrijf waar de levenslange gevangenisstraf een bewuste keuze is<sup>44</sup>, kan conform het uitgangspunt van het amendement bij het voorstel tot de Wet herijking strafmaxima de sanctienorm van levenslange gevangenisstraf gehandhaafd blijven en de ten hoogste op te leggen tijdelijke gevangenisstraf worden verhoogd tot dertig jaren. Voor de meeste terroristische misdrijven die door de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd in plaats van met een tijdelijke gevangenisstraf van vijftien jaren geldt dat tijdens de parlementaire behandeling de levenslange gevangenisstraf niet expliciet is gerechtvaardigd met een beroep op de ernst van het betreffende feit.

Algemene bepalingen aan het slot van een titel (bijvoorbeeld de art. 114a, 120a en 176a Sr) wijzen de strafbepalingen aan waarvan de straf met de helft kan worden verhoogd indien het feit wordt begaan met een terroristisch oogmerk. Heel algemeen stipuleren deze bepalingen dat levenslange gevangenisstraf wordt opgelegd indien de sanctienorm van het betreffende misdrijf vijftien jaren gevangenisstraf bedraagt. Een dergelijke strafverhogingstechniek geeft geen blijk van een principiële weging van de ernst van het betreffende feit en werkt ook door in sanctienormen die later op vijftien jaren worden gesteld.

Als gezegd lijkt die keuze te zijn ingegeven door de overweging dat een afwijking van de systematiek van de WTM naar beneden bezwaarlijker zou zijn dan een afwijking naar boven. Afgezien van de principiële bezwaren die, blijkens het voorgaande, tegen deze benadering kunnen worden ingebracht, is met de verhoging van de maximale duur van de tijdelijke gevangenisstraf de noodzaak voor iedere afwijking, naar boven of beneden, verdwenen. Het amendement had dus moeten voorstellen de zinsnede *en wordt, indien op het misdrijf een tijdelijke gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren is gesteld, levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren opgelegd*, te schrappen. Dan zou door de wijzigingen van art. 10 Sr, conform de systematiek van de WTM, bij misdrijven die met vijftien jaren gevangenisstraf worden bedreigd een strafmaximum van tweeëntwintig en een half jaar gevangenisstraf gelden. Dat strafmaximum ligt duidelijk lager dan de thans ten onrechte geldende sanctienorm van levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren.

---

<sup>44</sup> Een voorbeeld hiervan vormt art. 140a lid 2 Sr; zie daarover paragraaf 3.1.3.1.

Houdt men daarenboven tevens rekening met het feit dat een strafverhoging met een derde wellicht juistere ware geweest voor het terroristisch misdrijf dan zou de maximale duur van de gevangenisstraf twintig jaren hebben bedragen. Dat is toch geen gering verschil met de levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren? De verschillende geringe afwijkingen van de bestaande systematiek van strafverhoging leiden aldus tot een strafverhoging die substantieel hoger is dan in het licht van het Wetboek van Strafrecht zoals dat ten tijde van de inwerkingtreding van de WTM was vormgegeven geraden lijkt. De geringe afwijkingen van de bestaande systematiek van strafverhoging die de WTM met zich meebrengt, hebben aldus tamelijk ingrijpende gevolgen voor het vigerend strafmaximum.

### 2.1.3 Afsluiting

Bij alle categorieën terroristische misdrijven is het centrale element het terroristisch oogmerk. Bij categorie 1 wordt dit genoemd in art. 83 Sr onder 1° Sr. Bij categorie 2 fungeert het terroristisch oogmerk als grond voor strafverzwaring. Bij categorie 3 is het terroristisch oogmerk het enige nieuwe bestanddeel in overigens reeds langer bestaande delictsomschrijvingen.

De conclusie over de strafverhoging die de WTM (tamelijk) algemeen introduceert voor terroristische misdrijven lijkt te moeten zijn dat zij nog al atypisch streng is. Voor de afwijkingen van de bestaande systematiek van strafverhoging lijken geen sterke gronden bestaan. Met name de algemene verhoging van de tijdelijke gevangenisstraf van vijftien jaren tot een levenslange gevangenisstraf stuit op bezwaren. Voor deze verhoging bestaat sinds de inwerkingtreding van de Wet herijking strafmaxima geen grond terwijl het automatisme van deze verhoging op gespannen voet lijkt te staan met het uitzonderlijke karakter van de levenslange gevangenisstraf en haar principiële betekenis als hoogste straf die ons strafrecht kent.

Vanwege het belang van het terroristisch oogmerk voor het terroristisch misdrijf wordt dit oogmerk in de volgende paragraaf besproken.

## 2.2 Art. 83a Sr: het terroristisch oogmerk

Het met de WTM nieuw ingevoegde art. 83a Sr geeft aan wat onder het terroristisch oogmerk dient te worden verstaan. De bepaling luidt als volgt:

Onder terroristisch oogmerk wordt verstaan het oogmerk om de bevolking of een deel der bevolking van een land ernstige vrees aan te jagen, dan wel een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden, dan wel de fundamentele politieke, constitutionele, economische of sociale structuren van een land of een internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen.

In navolging van het EU-Kaderbesluit bevat art. 83a Sr drie alternatieve oogmerken die als terroristisch oogmerk hebben te gelden. In de volgende subparagrafen zal allereerst naar aanleiding van de wetsgeschiedenis worden weergegeven hoe de huidige bepaling tot stand gekomen is. Vervolgens zal aan de hand van de wetsgeschiedenis en de spaarzame (lagere) jurisprudentie over art. 83a Sr zo gedetailleerd mogelijk worden aangegeven hoe de drie varianten van het terroristisch oogmerk dienen te worden uitgelegd.

## 2.2.1 Art. 83a Sr; enkele algemene opmerkingen

In deze subparagraaf komt een drietal onderwerpen aan de orde. Allereerst betreft dat de uitleg van *oogmerk* in art. 83a Sr. Vervolgens zal uitgebreid worden stilgestaan bij de betekenis van *wederrechtelijk* in art. 83a Sr. Alhoewel de wederrechtelijkheid in art. 83a Sr exclusief verbonden is aan de tweede variant van het terroristisch oogmerk (waaraan paragraaf 2.2.3 gewijd is) verdient zij, in verband met de wijze waarop haar invoeging werd voorgesteld en haar complexe verhouding met het hier besproken oogmerk, een plaats in de onderhavige subparagraaf. In paragraaf 2.2.3 zal verdere aandacht aan de betekenis van *wederrechtelijk* in art. 83a Sr worden besteed. Tenslotte zal de vraag worden beantwoord of het terroristisch oogmerk van art. 83a Sr niet in wezen strafbaarstelling in verband met de aanwezigheid van een bepaald motief of strafbaarstelling vanuit een bepaalde morele opvatting behelst.

### 2.2.1.1 Oogmerk in art. 83a Sr

Het bestanddeel *oogmerk* komt al sinds de invoering van het Wetboek van Strafrecht in verschillende strafbepalingen voor. Het ligt dan voor de hand om bij de vaststelling van de betekenis van het terroristisch oogmerk in art. 83a Sr allereerst te letten op de betekenis van het bestanddeel *oogmerk* in bestaande literatuur en jurisprudentie.

#### Oogmerk; algemene opmerkingen

Het bestanddeel *oogmerk* komt onder andere voor in de art. 92-84, 140, 225 en 310 Sr. Oogmerk is een opzetvariant die ook zonder de verwezenlijking van hetgeen waar het oogmerk betrekking op heeft volledig en voltooid aanwezig is. Als een handeling met een bepaald doel wordt verricht dan had het oogmerk betrekking op dat doel ook als de verwezenlijking ervan het niet op die handeling is gevolgd. Bij andere opzetvarianten is dan sprake van een poging bij oogmerk van een voltooid delict. Het subjectieve oogmerk behoeft dus, voor voltooiing van het delict, geen objectief equivalent te hebben gekregen.<sup>45</sup>

#### *Naaste doel, einddoel en motief*

Volgens Brouns heeft de term oogmerk per delict waarin het bestanddeel voorkomt een verschillende betekenis. De meest algemene betekenis waarmee hij aan dit bestanddeel invulling geeft is *het naaste doel dat met de handeling wordt nagestreefd*. Dit naaste doel dient dan weer onderscheiden te worden van eventuele verder gelegen doeleinden die met de handeling worden nagestreefd. Op grond van rechtspraak, literatuur en wetsgeschiedenis stelt Brouns dat de onderscheidingen die bestaan in doelen die met een handeling kunnen worden nagestreefd *wijzen op de voorstelling van een proces van wilsvorming dat begint met het motief en het einddoel als sluitstuk heeft*. Het naaste doel zou daar dan tussenin liggen. Het onderscheid tussen motief en einddoel is niet eenvoudig. Aan de hand van geschriften van Pols, die deel uitmaakte van de Commissie De Wal en die veelvuldig verwijst naar Duitse literatuur (waar deze materie uitgebreider beschreven lijkt), concludeert Brouns tot het volgende onderscheid.

Het motief kan worden omschreven als *de behoefte, lust of neiging die het subject tot de handeling bewoog*. Bevrediging van die behoefte wordt vervolgens nagestreefd door de zinnen te richten op een praktisch doel. Dit doel is dan het einddoel of het verwijderde doel. Motief en einddoel worden echter vaak op één hoop geveegd, zowel in (met

<sup>45</sup> Rummelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 215.

name Duitse) literatuur als in de rechtspraak van de Hoge Raad. Voor de waardering van de handeling vallen beide immers samen.<sup>46</sup>

Dat het oogmerk wordt onderscheiden van motief en einddoel is noodzakelijk en nuttig. Dat ligt mijns inziens anders voor het (verdere) onderscheid tussen het motief en het einddoel, althans voor het strafrecht (psychologen en sociologen zijn mogelijk bij uitstek geïnteresseerd in de finesses van dit laatste onderscheid). Mijns inziens zal tussen het motief en het einddoel vaak een ingewikkelde wisselwerking bestaan en zal het in de meeste gevallen totaal niet duidelijk zijn hoe de vork precies in de steel zit.

Wellicht kan een voorbeeld dit verduidelijken. Wanneer een jonge Nederlander van Marokkaanse komaf de Nederlandse staatsvorm en open samenleving wil vernietigen om hier conform de Sharia een streng islamitisch regime te vestigen, zijn er, in termen van motief en einddoel, mijns inziens twee basismogelijkheden. Het is allereerst vanzelfsprekend mogelijk dat gehoorzaamheid aan de wil van Allah, zoals door hem gepercipieerd, in zijn *proces van wilsvorming* aan al het andere voorafgegaan is. De wil, de behoefte om zijn plichten als vroom gelovige te vervullen vormen zijn beweegreden, zijn motief dus. Wanneer die behoefte botst met de vormgeving en inrichting van de Nederlandse samenleving moet die samenleving vernietigd worden opdat zij opnieuw kan worden vormgegeven en ingericht. Dat is dan zijn einddoel. Het is evengoed mogelijk dat in het *proces van wilsvorming* juist een aversie tegen de Nederlandse samenleving voorop heeft gestaan. In dit scenario is onze Marokkaanse Nederlander gedesilluseerd door het feit dat hij ondanks zijn pogingen om op constructieve wijze aan deze samenleving deel te nemen steeds (al dan niet terecht) het gevoel krijgt dat hij wordt buitengesloten en achtergesteld. De wil, de behoefte om dit onrechtvaardige en onderdrukkende systeem te vervangen door een normenstelsel waarin hij niet minderwaardig maar juist superieur is, vormt in dit geval zijn beweegreden, zijn motief dus. Als moslim zal hij dan mogelijk gemakkelijk aansluiting vinden bij één of andere extremistische islamitische groepering of stroming. Een gerechtvaardigde heilige strijd tegen de kapitalistische kruisvaarders waarin deze ongelovigen uiteindelijk met de hulp van Allah worden verslagen en waarin de dood van de gelovige strijder met martelaarschap wordt beloond, sluit aan op die behoefte aan een dergelijk normenstelsel. Die dood of het aardse leven in de samenleving die na de overwinning tot stand wordt gebracht, vormt dan het einddoel.

De verschillende scenario's laten zien dat de indeling van bepaalde feiten als motief of einddoel afhankelijk is van subtiële en moeilijk te doorgronden psychische omstandigheden en processen. Afhankelijk van het concrete psychische proces van wilsvorming zal in het ene geval van het ene basisscenario en in het andere geval van het andere basisscenario sprake zijn. Dat is per individu verschillend terwijl ook allerlei tussencategorieën waarin motief en einddoel elkaar wederzijds beïnvloeden of versterken denkbaar zijn. Het analyseren van deze processen behoort niet tot het werkterrein van de jurist. De uitkomst van deze analyse heeft voor het strafrechtelijk daderschap geen betekenis. Daarmee heeft het onderscheid mijns inziens weinig juridisch nut en kan het

<sup>46</sup> P.J.H.M. Brouns, Opzet in het Wetboek van Strafrecht, dissertatie RUG, Gouda Quint, Arnhem, 1988, p. 169-175.

gemakkelijk worden gemist.<sup>47</sup> Waar in het onderstaande van *motief* wordt gesproken, dient daaronder tevens het *einddoel* begrepen te worden.

Kern van de kwestie is het verwijderde doel (motief, einddoel) te onderscheiden van het naaste doel. Deze kwestie is wel degelijk van concreet juridisch belang omdat het naaste doel het oogmerk van de dader vormt, terwijl het dit oogmerk is dat voor het daderschap van sommige delicten bewezen moet worden verklaard.

Ter illustratie van het onderscheid tussen het naaste doel enerzijds en een verwijderd doel of motief anderzijds kan onder meer worden gewezen op het arrest van de Hoge Raad in een oplichtingzaak. De verdachte had voor een ander een gevangenisstraf ondergaan door zich voor die ander uit te geven. Verdachte werd nu vervolgd voor het feit dat hij door het aannemen van een valse naam gevangenispersoneel bewogen zou hebben hem voedsel te verschaffen. Verdachte zou aldus hebben gehandeld *met het oogmerk om zich wederrechtelijk te bevoordelen*. Verdachte ontkent met dit oogmerk gehandeld te hebben. Het was hem er slechts om te doen zijn kennis een dienst te bewijzen.

Volgens de Hoge Raad behoeft dat aan het oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling niet af te doen. Hij overweegt daartoe als volgt:

(D)at naar 's Hof's oordeel bij de verdachte het in art. 326 Sr bedoelde oogmerk om zich wederrechtelijk te bevoordelen aanwezig is geweest omdat zijn in de telastelegging omschreven handelen, naar hij beseftte, als noodzakelijk en dus door hem gewild gevolg met zich bracht, dat hij bevoordeeld werd of zou worden door verkrijging van onderdak, voedsel en verzorging ten koste van de Staat zonder dat hij daartoe enig recht had, waarbij het bij hem bestaande motief voor zijn handelen niet beslissend is.<sup>48</sup>

Ten aanzien van het bestanddeel oogmerk kunnen, in ieder geval voor art. 326 Sr, uit dit arrest ten minste twee zaken worden afgeleid.

Ten eerste staat het feit dat de verdachte tevens een ander doel nastreefde (dat hem wellicht veel liever is dan hetgeen waar het oogmerk in de delictsomschrijving betrekking op heeft) er niet aan in de weg om als naaste doel hetgeen waar het oogmerk blijkens de telastelegging betrekking op moet hebben aan te merken.

Ten tweede blijkt uit de geciteerde overweging dat het bestanddeel oogmerk een niet zo beperkte opzeteis impliceert dat daaronder alleen opzet als doelbewust handelen mag worden verstaan. In ieder geval geldt bij het delict oplichting dat tevens sprake kan zijn van oogmerk wanneer bij de verdachte zekerheids- of noodzakelijkheidsbewustzijn heeft bestaan ten aanzien van hetgeen waarop het oogmerk in de telastelegging betrekking heeft. Hieronder zal nog aandacht worden besteed aan het antwoord op de vraag welke opzetgradaties begrepen kunnen worden in het bestanddeel oogmerk.

<sup>47</sup> Hooguit speelt het proces van wilsvorming een rol bij de straftoemeting. Bij die straftoemeting maakt de rechter veelvuldig gebruik van de verslagen van gedragsdeskundigen waarin onder meer wordt vastgesteld hoe de verdachte tot het hem ten laste gelegde feit zou zijn gekomen. Dat een dergelijk verslag voor de rechter begrijpelijker zou worden wanneer die gedragsdeskundige zijn bevindingen kwalificeert als motief respectievelijk einddoel lijkt mij uiterst onwaarschijnlijk.

<sup>48</sup> HR 5 januari 1982, NJ 1982, 232.

Dat een eventueel verwijderd nobel doel niet aan het bewijs van een minder nobel oogmerk in de weg hoeft te staan, was reeds eerder bepaald ten aanzien van de deelneming aan een organisatie die het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft (art. 140 Sr). Deze bepaling is in zoverre bijzonder dat niet het oogmerk van de dader, maar het oogmerk van de organisatie van doorslaggevende betekenis is.

Het betrof een uitleveringszaak. Duitsland had de uitlevering van RAF-lid Folkerts verzocht. Deze stelde in cassatie dat zijn organisatie geen crimineel oogmerk had maar juist een nobel einddoel. Volgens de Hoge Raad sloot het een het ander niet uit. Immers:

dat toch, blijkens het bezigen in de onderhavige bepaling van de term "oogmerk", voor toepasselijkheid dier bepaling niet vereist is dat de rechtspersoon de uitsluitende bedoeling heeft misdrijven te plegen, en een rechtspersoon ook dan gezegd moet worden het plegen van misdrijven "tot oogmerk" te hebben indien zij het plegen van misdrijven tot naaste doel heeft, zij het dan slechts ter verwezenlijking van een, in haar voorstelling, edel einddoel.<sup>49</sup>

Met deze rechtsoverweging geeft de Hoge Raad niet slechts aan dat een nobel einddoel niet hoeft te betekenen dat voor het (minder prijzenswaardige) oogmerk van het delict geen plaats meer is. De formulering van de Hoge Raad stelt tevens buiten twijfel dat de betekenis van het bestanddeel *oogmerk* niet zonder meer voor alle delicten gelijk is.

Overigens is wel gesteld dat het motief soms wel invloed op het oogmerk heeft. Als voorbeeld van die invloed zou dan moeten gelden het geval van een persoon die een akte vervalst om die akte vervolgens aan de politie te tonen met het doel duidelijk te maken hoe eenvoudig het is om een akte te vervalsen. Dit motief zou aan een vervolging wegens valsheid in geschrifte in de weg staan omdat niet gezegd kan worden dat deze persoon het oogmerk had het stuk als echt en onvervalst te gebruiken.<sup>50</sup>

Het komt mij voor dat de niet toepasselijkheid van de delictsomschrijving van art. 225 Sr hier weinig uit heeft staan met het motief van de persoon uit dit voorbeeld. Daarvoor zou immers vereist zijn dat het handelen van deze persoon het als echt en onvervalst gebruiken wel noodzakelijkerwijs (of wellicht als waarschijnlijk te verwachten gevolg) met zich mee zou brengen (en dus het oogmerk als naaste doel op zich wel zou kunnen worden bewezen) maar dat het motief dit gevolg zozeer overschaduwde dat het oogmerk van die persoon niet geacht mag worden op dit gevolg betrekking te hebben. Daarvan is in het gegeven voorbeeld geen sprake. Ieder opzet op het als echt en onvervalst gebruik van het document ontbreekt in het voorbeeld. Dan kan vanzelfsprekend ook de bijzondere opzetvariant oogmerk niet bewezen worden.

### *Opzetvarianten*

Over het antwoord op de vraag welke opzetvarianten in het begrip oogmerk besloten (kunnen) liggen, bestaat geen volledige eenstemmigheid. Hiervoor bleek reeds dat de Hoge Raad zeker niet altijd eist dat sprake is van een streven of begeren. Opzet met zekerheids- of noodzakelijkheidsbewustzijn volstaat in de meeste gevallen voor het aannemen van oogmerk.

<sup>49</sup> HR 8 mei 1978, NJ 1978, 314.

<sup>50</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c., aant. 11 bij opzet.

Aangenomen mag worden dat voorwaardelijk opzet niet volstaat. Dat is althans de dominante opvatting in de literatuur.<sup>51</sup> Ter onderbouwing van die stelling wordt onder meer gewezen op een arrest van de Hoge Raad uit 1982. Verdachte werd vervolgd wegens doodslag. Het hof had het verweer van de verdachte dat hij geen opzet op de dood van het slachtoffer had gehad verworpen door te overwegen

dat de verdachte door opzettelijk en met kracht gedurende een paar minuten de keel van L.J.G.D. dicht te knijpen, zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans, dat hij de vrouw aldus van het leven zou beroven.

Zou de doodslag ten laste gelegd zijn als *opzettelijk van het leven beroofd* dan was de overweging uiteraard geen probleem. De telastlegging luidde echter *met het oogmerk om (...) opzettelijk van het leven te beroven*. Advocaat-generaal R Emmelink concludeerde tot ambtshalve vernietiging van het arrest van hof.

Immers,

het hof gaat hierbij ervan uit, dat requirant heeft gehandeld met een voorwaardelijk opzet. Hiermee is echter niet te rijmen, dat het hof bewezen heeft geacht, dat requirant het oogmerk, dat is de bedoeling, heeft gehad requirant van het leven te beroven.

De Hoge Raad volgt zijn advocaat-generaal door tamelijk resoluut te stellen dat voorwaardelijk opzet en oogmerk niet te verenigen zijn, of, in zijn eigen woorden:

Deze overweging is onverenigbaar met de bewezenverklaring welke immers het opzet van de verdachte aldus omschrijft, dat de verdachte handelde "met het oogmerk" om L.J.G.D. opzettelijk van het leven te beroven, en derhalve niet de mogelijkheid openlaat van een andere – minder verstrekkende – aan de dader te verwijten vorm van opzet.<sup>52</sup>

In een later arrest heeft de Hoge Raad ook ten aanzien van het oogmerk zich een goed wederrechtelijk toe te eigenen (art. 310 Sr) in even stellige bewoordingen de combinatie met voorwaardelijk opzet uitgesloten. De juistheid van een op het voorwaardelijk opzet toegesneden bewijsoverweging wordt uitgesloten door de bewezenverklaring van oogmerk.<sup>53</sup>

Brouns zou deze mogelijkheid evenwel zeker niet bij voorbaat willen uitsluiten. Hij stelt dat ook niet vaststaat dat de Hoge Raad de combinatie van oogmerk en voorwaardelijk opzet principieel uitsluit. Volgens hem is er een onderscheid tussen *oogmerk* en *opzet als oogmerk*. Laatstbedoelde term slaat op opzet in de zin van doelbewust handelen. De dader begeert het gevolg van zijn handelen. Eerstbedoelde term is een synoniem voor opzet. In plaats van *opzet* werd de opzeteis tot uitdrukking gebracht in het bestanddeel oogmerk bij een aparte categorie delicten. Het gaat steeds om formele delicten (delicten die een handeling omschrijven) waarbij tevens een materieel opzet wordt geëist (opzet gericht op het veroorzaken van een gevolg). Voor delicten die in

<sup>51</sup> J. de Hullu, Materieel strafrecht, Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht, Kluwer, Deventer, 2006, p. 246, 248; R Emmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 215, 216; B.F. Keulen / M. Otte, Opzet en schuld, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1999, p. 18.

<sup>52</sup> HR 15 juni 1982, NJ 1983, 89.

<sup>53</sup> HR 25 oktober 1983, NJ 1984, 300.



dit stramien passen betekent de eis dat de dader een bepaald oogmerk heeft gehad niets anders dan dat zijn opzet op dit gevolg was gericht. Om die reden ligt het voor de hand dat de telastlegging van *oogmerk* in een vervolging wegens doodslag wordt ingevuld als *opzet als oogmerk*. Dat geldt niet voor diefstal. Dat delict past immers volledig in het door Brouns omschreven stramien van een formeel delict met een materieel opzet. In het hiervoor besproken arrest werd voorwaardelijk opzet toch onverenigbaar geacht met het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening. Brouns wijst er echter terecht op dat in die zaak de volgorde van de bestanddelen in de telastlegging afweek van de volgorde in de delictomschrijving van art. 310 Sr. Daarmee had het bestanddeel oogmerk in die zaak tevens betrekking op bestanddelen waarop het volgens de wettekst niet behoeft te hebben. Het stramien werd daarmee doorbroken. Dan kan dus niet worden uitgesloten dat de Hoge Raad voorwaardelijk opzet als invulling van oogmerk wel voorstelbaar acht in een geval waarin de betekenis van oogmerk wel past in dit stramien, aldus Brouns.<sup>54</sup>

Alhoewel wellicht ver gezocht, kan de opvatting van Brouns niet zonder meer als onjuist ter zijde worden geschoven. Jurisprudentie, met name van recenter datum dan het proefschrift van Brouns, die er ondubbelzinnig op duidt dat de Hoge Raad daar anders over denkt, is mij niet bekend.<sup>55</sup>

Daarmee zij overigens geenszins gezegd dat de opvatting van Brouns jurisprudentiële navolging zou verdienen. Centraal argument in de opvatting van Brouns is dat *oogmerk* in delictomschrijvingen die voldoen aan het stramien van formeel delict met een materieel opzet niets meer of minder betekent dan *opzet*. En als onder opzet tevens voorwaardelijk opzet is begrepen, zou dat ook voor oogmerk moeten gelden.

Die laatste stap wordt mijns inziens net iets te makkelijk gezet. Ten tijde van de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht bestond veel onenigheid over de toelaatbaarheid van het voorwaardelijk opzet. De ontwikkeling van het opzet werd daarom aan de rechtspraak overgelaten. Dat die ontwikkeling ten aanzien van verschillende delicten verschillend plaatsvindt, behoeft geenszins bezwaarlijk te zijn. Het bestanddeel *oogmerk* wordt immers voor verschillende delicten ook verschillend ingevuld. Dat het feit dat de wetgever de toelaatbaarheid van voorwaardelijk opzet aan de rechtspraak heeft overgelaten ertoe lijkt te hebben geleid dat bij de invulling van het bestanddeel *oogmerk* voor voorwaardelijk opzet geen plaats is, behoeft dan dus ook niet per definitie op bezwaren te stuiten. Dat stelsel heeft in ieder geval een eigen consistentie. Brouns legt erg veel nadruk op het feit dat het oogmerk dat betrekking heeft op een bijkomend gevolg in een voor het overige formeel delict niet te onderscheiden

<sup>54</sup> Brouns, *Opzet in het Wetboek van Strafrecht*, o.c., p. 175, 233, 234.

<sup>55</sup> HR 12 mei 1998, NJ 1998, 694 lijkt daartoe niet geschikt. In die zaak betrof het de uitleg van het bestanddeel oogmerk in art. 225 Sr. In het middel werd aangevoerd dat bij de verdachte, blijkens de bewijsmotivering van het hof, slechts voorwaardelijk opzet op de valsheid van het geschrift had bestaan, terwijl art. 225 Sr oogmerk eist. De Hoge Raad verwierpt het cassatieberoep omdat het oogmerk in art. 225 Sr niet ziet op de valsheid van het geschrift, maar op het gebruik daarvan als echt en onvervalst. Alhoewel de Hoge Raad daarmee lijkt mee te gaan in de stelling dat oogmerk en voorwaardelijk opzet zich ook bij art. 225 Sr niet laten verenigen zegt hij dat niet met zoveel woorden. Onzekerheid daaromtrent blijft bestaan. Zelfs indien de Hoge Raad inderdaad van mening is dat die grondstelling juist is, wordt daarmee mogelijk geen afbreuk gedaan aan de juistheid van het systeem dat Brouns schetst. Het oogmerk in art. 225 Sr ziet immers meer op een gedraging dan op een gevolg.

is van het opzet in materiële delicten. Daarmee gaat hij, al dan niet terecht, voorbij aan het feit dat deze formele delicten met een bijkomend materieel opzet wel een aparte categorie delicten vormen. Dat in de context van die aparte categorie dat materiële opzet een andere invulling krijgt, behoeft niet per definitie onjuist of inconsistent te zijn.

Ook op de juistheid van de stelling dat oogmerk en opzet bij deze categorie delicten inhoudelijk eender zijn, valt wel iets af te dingen. Die juistheid strandt mijns inziens in ieder geval op het feit dat oogmerk in tenminste één opzicht ruimer is dan opzet. Dat wordt duidelijk in gevallen waarin de dader er niet in slaagt hetgeen waar zijn oogmerk betrekking op heeft te realiseren. In dergelijke gevallen is, als gezegd, gewoon sprake van een voltooid delict en niet slechts van een poging. Beantwoording van de vraag of deze relativeringen inderdaad voor alle delicten waarin het bestanddeel oogmerk is opgenomen, meebrengen dat invulling van dit bestanddeel als voorwaardelijk opzet ontoelaatbaar moet zijn en blijven, gaat het bestek van dit onderzoek te buiten. Op deze plaats kan worden volstaan met de conclusie dat de dominante opvatting in literatuur en rechtspraak lijkt te zijn dat oogmerk en voorwaardelijk opzet elkaar wederzijds uitsluiten. Vanwege het feit dat oogmerk in verschillende delictsomschrijvingen een verschillende betekenis kan hebben, mag echter niet zonder meer worden aangenomen dat dit voor alle gevallen altijd het geval zal zijn.

### **Oogmerk in art. 83a Sr**

De precieze invulling van het bestanddeel oogmerk hangt dus af van het concrete delict. Aangenomen mag worden dat voorwaardelijk opzet niet volstaat. Meestal zal evenwel ook niet vereist zijn dat sprake is van een streven of begeren. Opzet met zekerheids- of noodzakelijkheidsbewustzijn volstaat in de meeste gevallen voor het aannemen van oogmerk, maar soms heeft het motief wel invloed.

#### *De wetgever*

Hoe oogmerk bij het terroristisch oogmerk wordt ingevuld, valt nog niet met volledige zekerheid te zeggen. Naar het mij voorkomt moet oogmerk daar echter eng worden uitgelegd. Doel van dit oogmerk is immers terroristische aanslagen met een hoger strafmaximum te bedreigen in verband met het feit dat deze aanslagen gericht zijn tegen de samenleving als zodanig en de waarden waarop zij gegrond is.

De parlementaire stukken wijzen er ook op dat gedacht wordt aan oogmerk in de zin van wensen of begeren. De minister zegt over het terroristisch oogmerk in dit verband onder meer het volgende.

Die redactie van het oogmerk wijst er daarbij op dat het misdrijf daadwerkelijk het doel moet hebben een bevolking ernstig vrees aan te jagen (etc.). Het begrip oogmerk wijst in die richting, maar ook de idee van terrorisme. Aanslagen, brandstichtingen, bedreigingen etc. waarbij de dader zich er wel rekenschap van heeft gegeven dat deze de bevolking ernstig vrees aanjagen, maar dit doel niet beoogd heeft, zouden er zo gezien buiten vallen. Te denken valt aan een reeks van brandstichtingen door een pyromaan. (...).

Het misdrijf moet daadwerkelijk tot doel hebben, dat de bevolking of een deel der bevolking van een land ernstige vrees wordt aangejaagd (etc.).<sup>56</sup>

Alsmede:

In de Nota naar aanleiding van het Verslag is op de door de aan het woord zijnde leden aangeduide plaats gesteld, dat het misdrijf daadwerkelijk tot doel moet hebben, dat de bevolking of een deel der bevolking van een van een land ernstige vrees wordt aangejaagd (etc.). (...).

De aan het woord zijnde leden stelden terecht, dat het terroristisch oogmerk niet reeds aanwezig kan worden geacht als de verdachte slechts kan worden verweten dat hij had moeten begrijpen dat met het misdrijf aan een bevolking ernstige vrees werd aangejaagd (etc.).<sup>57</sup>

Het lijkt er aldus op dat in de voorstelling van de minister opzet met zekerheidsbewustzijn dat (een deel van) de bevolking ernstige vrees wordt aangejaagd, een overheid of internationale organisatie tot enig doen, dulden of laten wordt gedwongen of bepaalde fundamentele structuren worden ontwricht of vernietigd niet volstaat voor het terroristisch oogmerk. Die indruk wordt bevestigd in rechtspraak over het terroristisch oogmerk.

### *Rechtspraak*

De rechtbank Amsterdam overwoog in de zaak tegen Mohammed B. over de andere misdrijven dan de moord op Theo Van Gogh:

Vast staat dat verdachte de agenten heeft beschoten om hen te doden en tevens te bewerkstelligen dat zij op hem zouden terugschieten zodat hij als martelaar zou sterven. Hieruit blijkt echter onvoldoende het kennelijke doel de Nederlandse bevolking vrees aan te jagen.

Dit geldt ook ten aanzien van de poging tot moord op de twee omstanders in de Linnaeusstraat, [slachtoffer3] en [slachtoffer2]. Verdachte heeft zich – door met een pistool te schieten in een drukke straat – willens en wetens blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat een omstander dodelijk getroffen kan worden. Verdachte heeft die kans ook aanvaard en op de koop toe genomen. Onder deze omstandigheden kan niet gezegd worden dat verdachte [slachtoffer3] en [slachtoffer2] met terroristisch oogmerk probeerde te vermoorden.<sup>58</sup>

En de Rotterdamse rechtbank overwoog in de zaak tegen de leden van de Hofstad-groep ten aanzien van Jason Walters en Ismail Akhnikh die een handgranaat hadden gegooid naar het arrestatieteam dat hen en hun medeverdachten wilde aanhouden:

Dat [verdachte 13] en [verdachte 12] hoopten door de politie te worden gedood en aldus martelaar te worden valt inderdaad uit hun uitlatingen zowel voorafgaande aan de inval als tijdens en na de inval op te maken. Tevens kan uit de wijze waarop [verdachte 13] en [verdachte 12] blijkens de OVC-gesprekken over de politie praten worden opgemaakt dat zij de politie op ideologische gronden verafschuwen. Daarmee is echter nog niet gegeven dat het gooien van de handgranaat in de richting van de AT-ers is ingegeven door het oogmerk om met die handeling een deel van de bevolking

<sup>56</sup> TK 2002–2993, 28463, nr. 6, p. 5.

<sup>57</sup> EK 2003–2004, 28463, nr. C, p. 7.

<sup>58</sup> Rb Amsterdam 26 juli 2005, LJN: AU0025.

vrees aan te jagen of belangrijke structuren in een land te vernietigen. Dit moet worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden van het geval. Het gooien van de handgranaat ging niet gepaard met een bedreiging aan het adres van de bevolking of een deel daarvan, noch waren er andere omstandigheden die er op wijzen dat deze actie op dat moment bedoeld en geschikt was om een deel van de bevolking vrees aan te jagen of belangrijke structuren in het land te vernietigen. Weliswaar heeft het gooien van de handgranaat later die dag alsnog via de media een groot publiek bereikt en grote publieke commotie teweeggebracht, maar er zijn geen aanwijzingen dat dit door [verdachte 13] en [verdachte 12] was voorzien en beoogd.<sup>59</sup>

Oogmerk lijkt aldus de betekenis te hebben van doelbewust, doelgericht handelen.

### *Het Kaderbesluit*

De hier verdedigde opvatting lijkt ook het beste te passen bij het kaderbesluit. De Engelse tekst daarvan spreekt immers van *where committed with the aim of*, de Duitse van *wenn sie mit dem Ziel begangen werden* en de Franse van *lorsque l'auteur les commet dans le but de*. In al deze gevallen gaat het dus om het *doel* waarmee het feit gepleegd werd. In de Nederlandse tekst is in plaats van *indien zij zijn gepleegd met het doel om* de formule *indien de dader deze feiten pleegt met het oogmerk om* gekozen.

Het heeft er aldus alle schijn van dat de Nederlandse tekst van het Kaderbesluit reeds vooruitliep op de Nederlandse implementatie in het Wetboek van Strafrecht door het gebruik van de term oogmerk. Die term is immers niet de meest adequate vertaling van de Engelse, Duitse en Franse tekst, maar vergemakkelijkt implementatie wel in die zin dat de tekst van het Kaderbesluit gesteld is in termen die in het strafrecht reeds bestaan. Daartegen behoeven op zich zelf geen bezwaren te bestaan. De tekst die uiteindelijk toegepast wordt, is die van de nationale uitvoeringswet. Het lijkt aannemelijk dat art. 83a Sr niet anders zou hebben geluid wanneer het Kaderbesluit in plaats van oogmerk van doel gesproken zou hebben. De term oogmerk lijkt binnen de strafrechtelijke taal immers het meest geëigend om uitdrukking te geven aan de eis dat de dader met zijn daad een bepaalde bedoeling moet hebben gehad. Dat die zelfde term vaak een ruimere betekenis heeft (ook opzet met zekerheids- of waarschijnlijkheidsbewustzijn) doet daaraan niets af nu de concrete invulling van het bestanddeel per delict kan verschillen.

Nadeel van de vaststelling van de Nederlandse tekst die op de implementatie in het Nederlandse strafrecht vooruitloopt is wel dat de rechter niet reeds door kennis te nemen van de Nederlandse tekst van het kaderbesluit kan achterhalen welke invulling aan het oogmerk moet worden gegeven.

### **2.2.1.2 Wederrechtelijk**

Van een terroristisch oogmerk is volgens art. 83a Sr onder meer sprake wanneer het oogmerk om *een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden* aanwezig is. In het oorspronkelijke wetsvoorstel kwam het woord *wederrechtelijk* in art. 83a Sr niet voor.

<sup>59</sup> Compilatie van vonnissen in de zaak van veertien verdachten van de zogenaamde Hofstadgroep, Rb Rotterdam (nevenvestigingsplaats 's-Gravenhage, zitting houdende te Amsterdam), 10 maart 2006, LJN: AV5108.

### Reden van invoeging

Op 20 oktober 2003 wordt een hoorzitting gehouden waarin een aantal deskundigen over het wetsvoorstel wordt gehoord. De deskundigen zijn H.G. v.d. Wilt (universitair hoofddocent internationaal strafrecht UvA), Y. Buruma (hoogleraar straf-(proces)recht KUN), B. Böhrer (advocate) en E.R. Muller (algemeen directeur instituut voor veiligheids- en crisismanagement COT).

Met name Buruma stelt daar dat door het weglaten van het woord wederrechtelijk een onhoudbare uitbreiding wordt gegeven aan de werking van het kaderbesluit. Naar zijn idee zal het terroristisch oogmerk worden afgeschoten door het Hof van Justitie in Luxemburg. Het kaderbesluit geeft immers aan dat van een terroristisch misdrijf sprake is wanneer het misdrijf wordt gepleegd met het oogmerk om de overheid of een internationale organisatie *op onrechtmatige wijze* te dwingen tot het verrichten of het zich onthouden van een handeling. Door het ontbreken van de eis dat het moet gaan om wederrechtelijk handelen, zo is de redenering, vallen ook bijvoorbeeld acties van vakbonden onder het bereik van art. 83a Sr.<sup>60</sup>

Drie dagen na de hoorzitting dient kamerlid De Wit (SP) een amendement in waar het woord *wederrechtelijk* wordt ingevoegd direct na de woorden *het oogmerk om*.<sup>61</sup> Het standpunt van de minister is daarentegen dat de wederrechtelijkheid reeds besloten ligt in de misdrijven waar het hier om gaat.<sup>62</sup> Uiteindelijk gaat de minister overstag. In de vierde nota van wijziging wordt het woord *wederrechtelijk* ingevoegd na de woorden *internationale organisatie*, waardoor de bepaling in haar huidige redactie tot stand komt.<sup>63</sup> Hierop wordt het eerder genoemde amendement ingetrokken.

Wat nu is de betekenis van het invoegen van het bestanddeel wederrechtelijk en welke betekenis heeft het verschil in redactie tussen het amendement en de vierde nota van wijziging? De tweede vraag is het eenvoudigst te beantwoorden. In de tekst van het amendement geldt de eis van wederrechtelijkheid voor alle drie de varianten van het terroristisch oogmerk. De vierde nota van wijziging (en dus de uiteindelijke wettekst) brengt de wederrechtelijkheid slechts in verband met het oogmerk de overheid of een internationale organisatie te dwingen. De tekst van de Nota suggereert dat het dwingen van de overheid in de regel niet wederrechtelijk is of dat de bestaande rechtvaardigingsgronden niet volstaan om straffeloosheid te verzekeren in gevallen waarin dat dwingen niet wederrechtelijk is. Dat is evenwel niet het standpunt van de minister geweest. Die meende immers dat het feit dat de overheid door middel van een misdrijf wordt gedwongen de wederrechtelijkheid van de handeling voldoende invult.

Alhoewel voor zowel het standpunt van Buruma als voor dat van de minister begrip kan worden opgebracht missen zij mijns inziens de essentie van de onderhavige kwestie. Aan Buruma moet worden toegegeven dat demonstraties en vakbondsacties gericht (kunnen) zijn op het dwingen van een overheid. Strikt genomen handelen demonstranten en actievoerders dan inderdaad met een terroristisch oogmerk zoals dat in het oorspronkelijke voorstel voor de WTM werd omschreven. Daar staat dan tegen-

<sup>60</sup> TK 2003–2004, 28463, nr. 29, p. 7. In dezelfde zin Y. Buruma en E.R. Muller, *Wet Terroristische Misdrijven in perspectief*, NJB 2003, p. 2141, 2142.

<sup>61</sup> TK 2003–2004, 28463, nr. 12.

<sup>62</sup> Hand. TK 2003–2004, nr. 33, p. 2340.

<sup>63</sup> TK 2003–2204, 28463, nr. 28.

over dat niet het terroristisch oogmerk maar het terroristisch misdrijf strafbaar is. De minister heeft dus gelijk waar hij zegt dat actievoerders slechts binnen het bereik van de voorgestelde bepalingen kunnen vallen als zij ernstige misdrijven begaan. Het toevoegen van de wederrechtelijkheid voegt dan niets toe. Dat aan actievoerders die geen misdrijven begaan mogelijk toch een terroristisch element kleeft (in de vorm van het terroristisch oogmerk) is een ongewenst neveneffect van de splitsing van het gecompliceerde art. 2 Kaderbesluit in de art. 83 en 83a Sr.

Dat de standpunten van Buruma en de minister de werkelijke kwestie evenwel niet raken komt omdat zij de wederrechtelijk in verband brengen met de gedraging. Zowel in art. 2 van het Kaderbesluit inzake terrorismebestrijding als in de (nieuwe redactie van) art. 83a Sr gaat het echter om het doel of *oogmerk* om een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk (of op onrechtmatige wijze) te dwingen. De vraag is dan in hoeverre de wederrechtelijkheid in art. 83a Sr gesubjectieerd wordt.

### Opzet en wederrechtelijkheid

Wat betekent de invoeging van wederrechtelijk in art. 83a Sr? Wordt daarmee verzekerd dat slechts wederrechtelijke gedragingen als terroristisch misdrijf kunnen worden bestraft of wordt vereist dat, ongeacht de feitelijke wederrechtelijkheid van die gedraging, de dader de bedoeling had wederrechtelijk te handelen?

De hoofdregel is dat opzet (of varianten daarvan) in de delictsomschrijving betrekking heeft op alle bestanddelen die erop volgen.<sup>64</sup> Toepasselijkheid van deze hoofdregel zou een volledige subjectivering van de wederrechtelijkheid in art. 83a Sr meebrengen. Of het handelen van de dader wederrechtelijk is, doet dan niet ter zake. Vraag is slechts of hij bedoelde wederrechtelijk te handelen. Deze hoofdregel is evenwel onderhevig aan uitzonderingen.<sup>65</sup>

Op deze plaats zal in algemene zin de vraag worden beantwoord in hoeverre wederrechtelijkheid volgens bestaande literatuur en jurisprudentie ten tijde van de behandeling van het voorstel voor de WTM moest worden gesubjectieerd wanneer het volgt op een opzetbestanddeel. Daarna zal beoordeeld worden welke consequenties die subjectivering meebrengt voor art. 83a Sr. Daaropvolgend zal aan de orde komen hoe wederrechtelijk in art. 83a Sr zou moeten worden geïnterpreteerd om aan de eventuele negatieve consequenties van die subjectivering te ontkomen.

### *Wederrechtelijkheid*

Conceptueel kenmerk van het strafbaar feit is dat de betreffende gedraging wederrechtelijk is. De vaststelling dat een gedraging wederrechtelijk is, houdt in dat die gedraging in strijd met het recht is. De wederrechtelijkheid als element is als het ware een *kenmerk van ieder delict*. Het feit is juist strafbaar gesteld omdat het in strijd met recht moet worden geacht. Om die reden behoeft de wederrechtelijkheid van het feit niet te worden bewezen. Zij mag als kenmerk van het strafbaar feit in beginsel aanwezig worden verondersteld. Slechts indien aannemelijk wordt dat zij in het concrete geval ont-

<sup>64</sup> De hoofdregel is immers dat opzet of varianten daarvan in de delictsomschrijving betrekking hebben op alle bestanddelen die erop volgen; Brouns, Opzet in het Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 131; Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c., aant. 12 bij Opzet; Rummelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 201.

<sup>65</sup> Brouns, Opzet in het Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 132; Rummelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 211-214.

breekt, omdat het handelen van de verdachte was ingegeven door de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, moet correctie op dit uitgangspunt plaatsvinden. De verdachte dient dan ontslagen te worden van alle rechtsvervolging.<sup>66</sup>

In sommige gevallen heeft de wetgever ervoor gekozen *wederrechtelijk* als bestanddeel op te nemen in de delictsomschrijving. Dat is steeds het geval geweest bij delictsomschrijvingen die zonder dit bestanddeel een te ruim bereik zouden hebben, in die zin dat er teveel gedrag onder de delictsomschrijving kan worden gebracht dat in het geheel niet strafwaardig is.<sup>67</sup> Zo is bijvoorbeeld vernieling niet wederrechtelijk als de rechthebbende toestemming heeft gegeven aan bijvoorbeeld een sloper. Onder die omstandigheden bestaat geen strafbaarheid. Evenmin is het wegnemen van een goed uit een schap in de supermarkt strafbaar wanneer dit gebeurt met de intentie om bij de kassa netjes af te rekenen. Het oogmerk zich dit goed toe te eigenen bestaat wel, maar op deze wijze is daar niets wederrechtelijks aan. Noch de gegeven toestemming, noch het afrekenen heeft echter te gelden als rechtvaardigingsgrond. En juist daarom is wederrechtelijk als bestanddeel zo hard nodig bij deze delictsomschrijvingen. De wederrechtelijkheid moet dan dus worden bewezen. Ontbreekt dit bewijs dan dient vrijpraak te volgen.<sup>68</sup>

Omdat wederrechtelijkheid en een rechtvaardigingsgrond niet gelijktijdig bestaanbaar zijn, houdt bewezenverklaring van die wederrechtelijkheid (mede) in dat de rechter van oordeel is dat de verdachte niet handelde onder invloed van een rechtvaardigingsgrond. Maar dat betekent niet dat de afwezigheid van alle rechtvaardigingsgronden bewezen moet worden. Wat wel bewezen moet worden, hangt af van de betreffende delictsomschrijving en kan ook nog eens verschillen naar gelang de omstandigheden van het geval.

Wanneer vastgesteld is dat de rechthebbende van een goed geen toestemming heeft gegeven voor de vernieling van dat goed mag in beginsel worden aangenomen dat die vernieling wederrechtelijk is geweest. Bij gemeengevaarlijke misdrijven waarbij milieuverontreinigende stoffen worden gebruikt (bijvoorbeeld art. 172 Sr) zal het normaliter gaan om handelen zonder vergunning of in strijd met de aan een verleende vergunning verbonden voorschriften. Bij een delict als de huisvredebreuk van art. 138 Sr ligt het voor de hand om naast het ontbreken van toestemming van de bewoner vast te stellen dat geen sprake was van betreden in het kader van strafvordering of controle door een daartoe bevoegde autoriteit.

Alhoewel de betekenis van *wederrechtelijk* dus steeds *strijd met het objectieve recht* is, zal de aard van die strijdigheid met het objectieve recht inhoudelijk per delict verschillen

<sup>66</sup> R Emmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 250, 251.

<sup>67</sup> De Hullu, Materieel strafrecht, o.c., p. 179.

<sup>68</sup> Dat is slechts anders indien wordt uitgegaan van de zogenaamde *facetwederrechtelijkheid*. De betekenis van het bestanddeel *wederrechtelijk* is in deze opvatting niet (zonder meer) *in strijd met het recht*. De betekenis van wederrechtelijkheid als bestanddeel verschilt in deze opvatting per delict (bijvoorbeeld *onbevoegd*, *zonder toestemming* of *zonder eigen recht*). Vrijpraak is dan slechts aangewezen wanneer de wederrechtelijk in de specifieke betekenis van het delict ontbreekt. In de meeste gevallen leidt de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond dan tot ontslag van alle rechtsvervolging. Deze benadering wordt voorgestaan door Noyon, Langemeijer, R Emmelink, o.c., aant. 3 en 15 bij wederrechtelijkheid en afgewezen door De Hullu, Materieel strafrecht, o.c., p. 180. In beide werken luidt de conclusie dat de Hoge Raad de *facet-wederrechtelijkheid* (waarschijnlijk) verwerpt.

omdat per handeling nou eenmaal verschilt wat het onderscheid tussen rechtmatig en onrechtmatig optreden bepaalt. Voor het bewijs van wederrechtelijkheid volstaat in beginsel het bewijs van de delictseigen betekenis van dat bestanddeel. Indien de verdachte geen beroep doet op een rechtvaardigingsgrond en ook het strafdossier geen enkele aanwijzing voor het mogelijk bestaan daarvan bevat, kan de rechter daar ook mee volstaan.

### *Opzet en wederrechtelijkheid*

Wanneer de wederrechtelijkheid als bestanddeel in de delictsomschrijving volgt op het opzet is opzet op de strijdigheid van de gedraging met het recht vereist, zo zou logischerwijs uit het voorgaande volgen. Dan eist de wet in die gevallen dus feitelijk opzet op het ongeoorloofde karakter van de gedraging. Deze logica is evenwel niet onomstreden.

Allereerst moet worden onderscheiden tussen twee mogelijke redacties. Zo komt men enerzijds de formulering *opzettelijk wederrechtelijk* (bijvoorbeeld in art. 282 Sr, vrijheidsberoving) en anderzijds de formulering *opzettelijk en wederrechtelijk* (bijvoorbeeld art. 350 Sr, vernieling) tegen. In verband met dit onderscheid kunnen in de literatuur drie verdedigbare opvattingen worden gevonden.

In de eerste opvatting staat de hoofdregel voorop, zij het dat deze wordt genuanceerd door het voegwoord *en*. Het opzet beheerst in deze opvatting de wederrechtelijkheid slechts wanneer opzet en wederrechtelijkheid niet door het voegwoord *en* worden gescheiden. Is dat laatste wel het geval dan zijn beide nevenschikket: de gedraging (of het gevolg of een aantal bestanddelen) moet, conform het algemene uitgangspunt, aan het opzetvereiste en aan de eis van de wederrechtelijkheid voldoen; de dader hoeft evenwel niet geweten te hebben dat zijn gedraging strafbaar was. In die gevallen is de wederrechtelijkheid geobjectiveerd.

In de tweede opvatting is altijd van nevenschikking sprake. Het opzet hoeft nooit betrekking te hebben op de wederrechtelijkheid. De wederrechtelijkheid wordt dus steeds geobjectiveerd. Het antwoord op de vraag of de dader wist dat zijn opzettelijke gedraging wederrechtelijk was, is volstrekt irrelevant. De aan- of afwezigheid van het voegwoord *en* heeft dan geen betekenis.

Ook in de laatste opvatting heeft het verschil in formulering geen betekenis. In deze gevallen wordt de wederrechtelijkheid nimmer geobjectiveerd. Het opzet moet dus steeds tevens betrekking hebben op de wederrechtelijkheid. Hier wordt dus steeds strak de hand gehouden aan het algemene uitgangspunt dat het opzet betrekking heeft op alles wat daar in de delictsomschrijving op volgt.

Rommelink en Brouns geven beiden, op grond van antieke jurisprudentie van de Hoge Raad, aan dat in de rechtspraak de eerste opvatting dominant is. Rommelink zelf acht de derde opvatting de juiste, terwijl Brouns een voorzichtige voorkeur voor de tweede opvatting lijkt te hebben.<sup>69</sup> Brouns toont aan dat het zeer waarschijnlijk is dat de wetgever middels het voegwoord *en* inderdaad wederrechtelijkheid heeft willen

<sup>69</sup> Brouns, *Opzet in het Wetboek van Strafrecht*, o.c., p. 133-139; Rommelink, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, o.c., p. 218, 219.



objectiveren. Dit zou volgens hem niet noodzakelijkerwijs meebrengen dat in de gevallen waarin het opzet en de wederrechtelijkheid niet door *en* gescheiden worden geen objectivering mogelijk is. Zo stelt hij dat het bestanddeel wederrechtelijk soms is opgenomen *als aandoening van een strafuitsluitingsgrond*. Daarmee doelt hij op strafbepalingen die als bestanddeel wederrechtelijk bevatten terwijl zij een gedraging omschrijven die in het algemeen reeds strafbaar is. Wederrechtelijk is daar ingevoegd om zeker te stellen dat bepaalde gedragingen die binnen het bereik van de overige bestanddelen van het delict komen terwijl geen strafuitsluitingsgrond van toepassing is toch straffeloos blijven. In deze gevallen zou objectivering van de wederrechtelijkheid plaats moeten vinden. Bij wijze van voorbeeld wijst hij op de art. 372 en 374 Sr. Ook art. 148 Sr levert een voorbeeld van een dergelijke strafbepaling, zij het dat in die bepaling het woord *geoorloofd* wordt gebezigd. Kennelijk rekent hij art. 282 Sr niet tot deze categorie (deze bepaling bespreekt hij in een ander verband). Toch zou hij ook hier objectivering van de wederrechtelijkheid willen bepleiten.<sup>70</sup>

Dat, zoals Brouns stelt, bij deze categorie per definitie objectivering plaats zou moeten vinden, lijkt geenszins evident. Brouns volstaat in verband met de motivering van dat uitgangspunt met op te merken dat anders opzet van de dader op de afwezigheid van rechtvaardigingsgronden vereist is terwijl het Nederlandse strafrecht een dergelijk vereiste niet kent.

Bij deze motivering passen mijns inziens twee kanttekeningen. De eerste raakt aan de inhoudelijke juistheid van de motivering, de tweede aan de validiteit ervan.

Strikt genomen zou gesteld kunnen worden dat de eis van opzet op de wederrechtelijkheid (in de betekenis van strijdig met het recht) altijd meebrengt dat de dader opzet moet hebben gehad op het ontbreken van de aanwezigheid van iedere rechtvaardigingsgrond. Een gedraging is slechts wederrechtelijk wanneer zij niet wordt gerechtvaardigd, wanneer dus alle rechtvaardigingsgronden ontbreken. Opzet op de wederrechtelijkheid zou dan dus alleen bestaan wanneer het opzet (tevens) betrekking heeft op het ontbreken van rechtvaardigingsgronden. Niettegenstaande haar inhoudelijke juistheid en logica voert deze strikte opvatting te ver. Opzet op de wederrechtelijkheid bestaat zodra de dader geen opzet heeft op een rechtvaardigingsgrond. Dat is net een nuance anders dan dat het opzet op de afwezigheid van alle rechtvaardigingsgronden wordt geëist. Deze nuance strookt beter met het uitzonderingskarakter van rechtvaardigingsgronden.

Het formele strafrecht, meer bepaald het bewijsrecht ten aanzien van de wederrechtelijkheid als bestanddeel, kan dit verduidelijken. Daar wordt het verschil in betekenis tussen *geen opzet op een rechtvaardigingsgrond* en *opzet op het ontbreken van rechtvaardigingsgronden* pregnant. Hiervoor werd gesteld dat voor het bewijs van wederrechtelijkheid volstaat dat de delictseigen betekenis van die wederrechtelijkheid bewezen wordt. Indien opzet op de wederrechtelijkheid wordt geëist, wordt het voorgaande principieel nauwelijks anders, alleen moet nu het opzet van de verdachte op een invulling van het bestanddeel wederrechtelijk die past bij de aard van het delict worden bewezen. Indien de verdachte niet aanvoert dat hij dacht gerechtigd te zijn te handelen gelijk hij deed, terwijl zich in het strafdossier geen aanwijzingen bevinden die erop zouden kunnen

<sup>70</sup> Brouns, Opzet in het Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 136-139.

duiden dat de verdachte dit dacht dan behoeft de rechter voor het bewijs van het opzet op de wederrechtelijkheid geen verder onderzoek te doen.

Wanneer nu, zoals in de onderhavige gevallen, wederrechtelijkheid als het ware de betekenis heeft van het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond moet dus inderdaad opzet op de afwezigheid van die rechtvaardigingsgrond worden bewezen. Het gaat daarbij slechts om opzet op het ontbreken van die specifieke rechtvaardigingsgrond. De rechtvaardigingsgrond waar het dan om gaat, komt niet voor in de art. 39 e.v. Sr. Met het uitgangspunt van het Nederlandse strafrecht dat *het opzet niet ook gericht behoef te zijn op de afwezigheid van rechtvaardigingsgronden*, is de eis van opzet op de wederrechtelijkheid dan zeker niet in die zin strijdig dat ten aanzien van alle rechtvaardigingsgronden van de art. 39 en volgende Sr bewezen moet worden dat het opzet van de verdachte op het ontbreken ervan was gericht. Hooguit moet dat bewijs worden geleverd ten aanzien van een specifieke rechtvaardigingsgrond die niet in die bepalingen voorkomt. Men kan zich afvragen of in deze gevallen wel van een rechtvaardigingsgrond kan worden gesproken. Nu Brouns nergens aangeeft waarom de specifieke betekenis van het bestanddeel *wederrechtelijk* in de door hem bij wijze van voorbeeld genoemde art. 372 en 374 Sr bestaat in het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond ben ik van de juistheid van die stelling niet overtuigd.<sup>71</sup>

Indien, ondanks het voorgaande, inderdaad zou moeten worden aangenomen dat in deze gevallen werkelijk opzet op het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond wordt geëist, kunnen vraagtekens worden gezet bij de validiteit van dit argument voor de stelling dat opzet en wederrechtelijkheid als nevenschikt moet worden beschouwd. In algemene zin is zeker waar dat het Nederlandse strafrecht de leer dat opzet betrekking moet hebben op het ontbreken van rechtvaardigingsgronden niet kent. Die vaststelling brengt toch niet mee dat deze eis door een bepaalde redactie van de delictsom-schrijving in een beperkt aantal bijzondere gevallen niet gesteld zou kunnen of mogen worden. Het bestaan en de geldigheid van de hoofdregel worden door het bestaan van een zeer beperkt aantal uitzonderingen niet aangetast.

Aan het voorgaande kan ten overvloede nog worden toegevoegd dat bij de door Brouns gegeven voorbeelden helemaal geen probleem bestaat op dit vlak. Bij de art. 372 en 374 Sr staat, zoals Brouns zelf ook opmerkt, tussen opzettelijk en wederrechtelijk het woordje *en*. Hier behoeft dus helemaal geen afstand genomen te worden van de rechtspraak van de Hoge Raad om tot objectivering van de wederrechtelijkheid te komen. Of in deze categorie ook delictsom-schrijvingen bestaan waarin *opzettelijk* en *wederrechtelijk* niet door het woord *en* worden gescheiden is onduidelijk nu het criterium dat Brouns voor deze categorie hanteert niet echt hard genoemd kan worden. Welke misdrijven tot deze categorie moeten worden gerekend is dus niet duidelijk vast te stellen, maar volgens Brouns komt wel *vrijwel steeds het voegwoord 'en' in de delictsom-schrijving voor*.<sup>72</sup> Het heeft er aldus alle schijn van dat het probleem waarvoor het aanvechtbare en vage onderscheid van Brouns in een oplossing voorziet eigenlijk niet bestaat. De waarde van dit onderscheid is daarmee wel erg gering.

<sup>71</sup> Hij volstaat slechts met op te merken dat het bij deze bepalingen gaat om gedragingen die ook zonder het bestanddeel wederrechtelijk in de meeste gevallen wel strafbaar zijn.

<sup>72</sup> Brouns, *Opzet in het Wetboek van Strafrecht*, o.c., p. 140, 141.

Het feit dat de wetgever naar alle waarschijnlijkheid objectivering van de wederrechtelijkheid heeft beoogd met het tussenvoegen van *en* lijkt aan de opvatting van Remmelink (wanneer wederrechtelijk in de delictsomschrijving volgt op opzettelijk dient het opzet altijd op de wederrechtelijk te zien) in de weg te staan. Het heeft vanzelfsprekend grote voordelen om in dezen te werken met verschillende redacties die voor een ieder onmiddellijk duidelijk stellen of de wetgever objectivering van de wederrechtelijkheid heeft beoogd of niet. Het lijkt dan niet geraten om de mogelijkheid van objectivering of van subjectivering op voorhand principieel uit te sluiten. Indien de formulering in een bepaald geval leidt tot een resultaat dat zeer sterk tegen het rechtsgevoel indruist, lijkt het daarom meer voor de hand te liggen dat de wetgever de formulering aanpast dan dat de rechter afstand doet van een systeem van interpretatie dat in de kern goed is.

Het is niet volledig uitgesloten dat, zoals Brouns kennelijk meent, inderdaad essentieel is dat het opzet van de verdachte op het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond nimmer tot voorwerp van de bewijsbeslissing wordt gemaakt. Wanneer dat met een subjectivering van de wederrechtelijkheid wel zou gebeuren, ontstaat een probleem. Dat kan dan worden opgelost door de wetgever. Deze zal in alle delictsomschrijvingen waarin de wederrechtelijkheid duidt op een strafuitsluitingsgrond en waarin tussen *opzettelijk* en *wederrechtelijk* niet het woord *en* voorkomt alsnog *en* tussenvoegen of gewoon *opzettelijk* en *wederrechtelijk* in de delictsomschrijving moeten omdraaien.<sup>73</sup>

Overigens is mij geen geval bekend waarin de resultaten van dit systeem evident onredelijk zijn. Dat is overigens mede een gevolg van het feit dat de rechter in die bepalingen die opzet op de wederrechtelijkheid eisen, geneigd lijkt wederrechtelijk zeer ruim uit te leggen. De verdachte heeft dan al vrij snel opzet (desnoods in de vorm van voorwaardelijk opzet) op de wederrechtelijkheid.<sup>74</sup>

Naar het mij voorkomt is de eerste opvatting ten aanzien van *opzettelijk wederrechtelijk* en *opzettelijk en wederrechtelijk* aldus niet alleen in overeenstemming met de rechtspraak van de Hoge Raad maar tevens de juiste.

### *Oogmerk en wederrechtelijkheid*

Hiervoor kwam aan de orde dat het bestanddeel *oogmerk* ten opzichte van het bestanddeel *opzet* zowel strenger als minder streng is. *Oogmerk* is strenger dan *opzet* doordat voor *oogmerk* voorwaardelijk opzet doorgaans niet volstaat. *Oogmerk* is minder streng doordat *oogmerk* geen objectief equivalent (vaak een gevolg) van de subjectieve gezindte eist. Beide eigenschappen van *oogmerk* benadrukken het subjectieve karakter van dit bestanddeel. Het lijkt dan gerechtvaardigd te stellen dat *oogmerk* 'subjectiever' is dan *opzet*.

Ook het bestanddeel *oogmerk* komt voor in combinatie met het bestanddeel *wederrechtelijk*. Het bekendste voorbeeld is art. 310 Sr dat als (samengesteld) bestanddeel kent het *oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening*.

<sup>73</sup> Deze wijze van objectivering, die in 1900 plaatsvond, maakt uiteraard aan alle twijfel een eind; Brouns, *Opzet in het Wetboek van Strafrecht*, o.c., p. 135.

<sup>74</sup> De Hullu, *Materieel strafrecht*, o.c., p. 210-211.

In verband met het voorgaande zou men logischerwijs vermoeden dat wanneer wederrechtelijk in een delictsomschrijving achter oogmerk is geplaatst zonder dat beide door het voegwoord *en* worden gescheiden dat de wederrechtelijkheid wordt gesubjectieerd. Dit blijkt evenwel niet noodzakelijkerwijs het geval. Zo heeft de Hoge Raad de vraag of het oogmerk van zich wederrechtelijk toe-eigenen aanwezig was, wel gereduceerd tot de vraag aan wie het goed toebehoorde, terwijl de oogmerkeis nu juist impliceert dat het erom gaat aan wie de verdachte dacht dat het goed toebehoorde. Deze uitspraak lijkt volledig onjuist. Art. 310 Sr bevat, juist omdat oogmerk zo subjectief is en geen objectief equivalent eist, als apart bestanddeel de eis dat het goed dat wordt weggenomen geheel of ten dele aan een ander toebehoort. Dat het in de onderhavige zaak (slechts) ging om de uitleg van dat laatste bestanddeel moet worden uitgesloten nu het cassatiemiddel als volgt werd opgevat door de Hoge Raad:

4.1. Het middel komt met rechts- en motiveringsklachten onder meer op tegen het oordeel van het Hof dat de verdachte met het oogmerk van wederrechtelijke toeëigening heeft gehandeld, omdat, aldus de toelichting op het middel, de verdachte de enige rechthebbende is op het medisch dossier.<sup>75</sup>

Aan de orde is dus expliciet het bestanddeel oogmerk van wederrechtelijke toeëigening. Door voor het bewijs van dat bestanddeel genoeg te nemen met het bewijs dat het goed niet (geheel) aan verdachte toebehoort, wordt dit bestanddeel van alle betekenis beroofd. Dat kan niet juist zijn. Wat daarvan zij, duidelijk is wel dat ons hoogste rechtscollege niet zonder meer onder alle omstandigheden de wederrechtelijkheid in een delictsomschrijving subjectieert wanneer die wederrechtelijkheid in een delictsomschrijving achter oogmerk is geplaatst zonder dat beide door het voegwoord *en* van elkaar worden gescheiden.

### Mogelijke consequenties

Uit het feit dat de wederrechtelijkheid door de plaatsing achter het oogmerk in beginsel wordt gesubjectieerd en uit het feit dat oogmerk nu juist niet eist dat hetgeen waarop het oogmerk betrekking heeft ook wordt verwezenlijkt, volgt dat het doel van de invoeging van het bestanddeel mijns inziens op deze wijze niet zonder meer gerealiseerd wordt. Dat doel was te voorkomen dat vakbonden en actiegroepen al te licht binnen het bereik van de WTM zouden worden gebracht. De gedachte was dat de eis van wederrechtelijkheid zou verzekeren dat het terroristisch oogmerk niet zou kunnen worden afgeleid uit protestacties, demonstraties en stakingen. Omdat de wederrechtelijkheid in objectieve zin helemaal niet wordt geëist, wordt in zoverre ook het beoogde doel niet bereikt.

Art. 83a Sr lijkt in dat opzicht minder doordacht dan andere bepalingen waarin de wederrechtelijkheid wordt gesubjectieerd. In de delictsomschrijving van diefstal (art. 310 Sr) bijvoorbeeld wordt dit probleem opgelost door de eis dat het goed *geheel of ten dele aan een ander toebehoort*. Zonder dit bestanddeel zou men eigen of niemands goed kunnen stelen wanneer men maar gelooft dat dit aan een ander toebehoort. Dat past niet in een strafrechtelijk systeem dat de nadruk legt op gedragingen en niet op bedoelingen. Een objectief vereiste van wederrechtelijkheid ontbreekt nog steeds in de omschrijving van het terroristisch oogmerk. Maar nogmaals, erg bezwaarlijk is dat niet

<sup>75</sup> HR 23 september 2003, LJN: AF8756.

zolang het terroristisch misdrijf en niet het terroristisch oogmerk strafbaarheid constitueert.

Zelfs wanneer wederrechtelijk wel objectief uitgelegd wordt<sup>76</sup>, lijkt de invoeging ervan, zoals hierboven werd gesteld, materieel weinig toe te voegen. De wederrechtelijkheid is immers gegeven met het feit dat door middel van een misdrijf getracht wordt de overheid te dwingen tot enig doen of nalaten. Dat is slechts anders indien het misdrijf niet wederrechtelijk is. Hierbij kan ik me niets anders voorstellen dan dat een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Toch betekent wederrechtelijk als bestanddeel niet dat de afwezigheid van alle rechtvaardigingsgronden moet worden bewezen. Ook bewijsrechtelijk voegt de invoeging dus eigenlijk niets toe. Normaal gesproken wordt wederrechtelijk als bestanddeel bewaard voor delictsomschrijvingen die ook te veel niet strafwaardig gedrag zouden omvatten als het bestanddeel ontbrak. Dat bestanddeel is dan juist nodig omdat de rechtvaardigingsgronden als uitzonderingen op de strafbaarheid niet volstaan. In geval van terroristische misdrijven lijkt een uitzondering op het uitgangspunt dat de betreffende gedraging in strijd met het recht is, buiten de bestaande rechtvaardigingsgronden, niet licht te vinden.

Uitzonderingen op de strafbaarheid lijken juist bij uitstek in de sfeer van de rechtvaardigingsgronden gevonden te kunnen worden. Toevoeging van het woord wederrechtelijk voegt dus ook bij een objectieve uitleg niets toe en houdt zelfs een breuk met het strafrechtelijk systeem in. Dat zou hooguit anders kunnen zijn bij terroristische misdrijven die zonder terroristisch oogmerk straffeloos zijn.<sup>77</sup>

De toevoeging is echter niet betekenisloos in die zin dat zij de bruikbaarheid van de WTM mogelijk ernstig kan frustreren. Waar *oogmerk* immers bedoeld is een bedoeling of intentie aan te wijzen, ontstaan in de sfeer van de strafrechtelijke terrorismebestrijding onoverkomelijke problemen. Het zal immers bij overtuigingsdaders lang niet al-

<sup>76</sup> Door slechts te eisen dat het dwingen waar het oogmerk betrekking op heeft wederrechtelijk is en dus niet te eisen dat het oogmerk ook op die wederrechtelijkheid betrekking heeft.

<sup>77</sup> Art. 79 Kernenergiewet (KEW), dat in paragraaf 2.4 uitgebreider aan de orde komt, bedreigt een aantal handelingen met een forse gevangenisstraf wanneer zij zijn begaan met een terroristisch oogmerk of met het oogmerk een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken. De gedragingen in die bepaling zijn *als zodanig* nergens anders strafbaar gesteld. Wanneer een gedraging die anders straffeloos zou zijn strafbaar is omdat de dader er een overheid mee tot enig doen, laten of dulden wil dwingen, lijkt wellicht toch een rol weggelegd voor de extra eis dat dit dwingen dan toch wel onrechtmatig moet zijn. Voor zover dat het geval zou zijn, zou de toegevoegde waarde van de invoeging van de wederrechtelijkheid op toeval berusten. Op geen enkel moment tijdens de parlementaire behandeling van het voorstel voor de WTM zijn de invoeging van *wederrechtelijk* en het belang van die invoeging voor art. 79 KEW met elkaar in verband gebracht. Het belang van die invoeging voor art. 79 KEW heeft bij de beslissing om tot die invoeging over te gaan dus geen (aantoonbare) rol gespeeld. Daarnaast moet opgemerkt worden dat die toegevoegde waarde hooguit hypothetische betekenis heeft. Het gaat in art. 79 KEW immers om handelingen met betrekking tot radioactieve stoffen en kernenergie die weliswaar volstrekt rechtmatig kunnen worden verricht maar die wanneer zij met een terroristisch oogmerk plaatsvinden doorgaans wel wederrechtelijk zullen zijn. Zo zijn de handelingen in art. 79 KEW wel degelijk per definitie strafbaar als zij zonder vergunning of in strijd met de aan een vergunning verbonden voorwaarden worden verricht. Een dergelijke vergunning krijgt men vanzelfsprekend niet zomaar. Het lijkt daarenboven volstrekt uitgesloten dat de betreffende handelingen worden verricht met een terroristisch oogmerk zonder dat de vergunningvoorschriften daarbij worden overtreden. De vraag naar de aanvaardbaarheid van strafbaarstelling van gedragingen die zijn verricht met een terroristisch oogmerk en die straffeloos zouden zijn zonder dat oogmerk kan, wegens gebrek aan praktische relevantie, dan ook buiten beschouwing blijven.

tijd de bedoeling zijn om een overheid op onrechtmatige wijze tot iets te dwingen. Integendeel, de overtuigingsdader zal de mening zijn toegedaan dat hij strijdt voor een rechtvaardige zaak. Dat hij hiervoor minder elegante methoden aanwendt is te betreuren, maar, in ieder geval in zijn perceptie, noodzakelijk. Wie oprecht gelooft dat zijn geloof, op straffe van het eeuwige hellevuur, dwingend voorschrijft dat hij een overheid dwingt tot het een of ander overtreedt in zijn eigen beleving slechts een norm om een hogere norm te beantwoorden. Iets soortgelijks geldt voor hen die een bezetter willen verdrijven of een egalitaire samenleving willen vestigen. Het gedrag is weliswaar, objectief beschouwd, wederrechtelijk, de wil van de dader (in de zin van wensen of begeren) was daarop niet gericht.

Op grond van het voorgaande lijkt inderdaad vereist dat de dader werkelijk de bedoeling heeft gehad (een deel van) de bevolking vrees aan te jagen, de overheid te dwingen of belangrijke basisstructuren te vernietigen. Invoeging van het woord wederrechtelijk na oogmerk in de tekst van art. 83a Sr zou dan inderdaad tot gevolg hebben dat de verdachte die aannemelijk maakt dat hij oprecht geloofde dat hij een hogere norm dan het aardse recht gehoorzaamde, moet worden vrijgesproken. Dat geldt ongeacht het verwerpelijke karakter van die norm. Ook als vaststaat dat de verdachte wist dat die norm in het objectieve recht geen gelding heeft, lijkt (afhankelijk van de mate van subjectivering)<sup>78</sup> vrijpraak geïndiceerd. Het oogmerk dat de verdachte in de zin van art. 83a Sr had, was immers het gehoorzamen van de (in zijn ogen hogere) morele norm. Dat hij met zekerheid wist dat hij daarmee in juridische zin wederrechtelijk handelde, is niet van belang zolang dat niet het doel was dat hij nastreefde. Invoeging van het woord wederrechtelijk als door het amendement voorgesteld, zou bij juistheid van het hierboven gestelde het wetsvoorstel effectief om zeep geholpen hebben.

De bovenstaande kritiek lijkt eveneens te gelden voor de wettekst zoals die uiteindelijk tot stand gekomen is, zij het dat het probleem zich nu slechts toespitst op het dwingen van de overheid. De invoeging van het woord *wederrechtelijk* heeft daarmee, afhankelijk van de invulling van het oogmerk, op zijn best geen effect. Op zijn slechtst ondergraaft zij ten aanzien van het oogmerk om een overheid of internationale organisatie ergens toe te dwingen de gehele WTM.

### **Mogelijkheden tot nuancering van deze consequenties**

Hieronder zal worden gezien op welke manieren voorkomen kan worden dat de invoeging van wederrechtelijk in art. 83a Sr de werking van de WTM frustreert.

<sup>78</sup> Hiervoor werd betoogd dat *oogmerk* in art. 83a Sr de betekenis heeft van *bedoeling*. Het gaar erom dat de dader de verwezenlijking van het terroristisch oogmerk als gevolg van het misdrijf beoogt, wenst of begeert. In algemene zin volstaat voor oogmerk dat de dader wist dat zijn daad noodzakelijkerwijs het gevolg mee zou brengen. Het oogmerk heeft dan betrekking op de wederrechtelijkheid wanneer de dader wist dat zijn daad wederrechtelijk was. Alleen wanneer hij werkelijk dacht dat het positieve recht hem (bijvoorbeeld in verband met de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond) machtigde tot die daad had zijn oogmerk op die wederrechtelijkheid geen betrekking. Omdat *oogmerk* in art. 83a Sr geacht moet worden een beperktere strekking te hebben, volstaat wetenschap van de wederrechtelijkheid van de daad niet voor het oogmerk op die wederrechtelijkheid. In de zin van art. 83a Sr heeft het oogmerk in principe eerst betrekking op de wederrechtelijkheid indien de dader die wederrechtelijkheid heeft gewenst of begeerd. Wanneer hij 'slechts' het gehoorzamen van een hogere norm beoogde en indifferent stond tegenover de schending van het positieve recht brengt de uitleg van *oogmerk* in art. 83a Sr mee dat zijn oogmerk op die wederrechtelijkheid geen betrekking had.

*Objectivering wederrechtelijkheid*

Om frustratie van de WTM te voorkomen, zou allereerst gekozen kunnen worden voor een uitleg van het oogmerk om een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden waarin het oogmerk geen betrekking heeft op de wederrechtelijkheid. Hiervoor werd opgemerkt dat de hoofdregel dat het opzet betrekking heeft op alles wat daar in de delictsomschrijving op volgt door de wetgever niet consequent geëerbiedigd wordt. Er bestaan dus uitzonderingen op die hoofdregel.

Gegeven het doel en de achtergrond van de invoeging van de wederrechtelijkheid in art. 83a Sr mag worden aangenomen dat de wetgever een objectieve invulling heeft beoogd. Gegeven de mogelijke negatieve consequenties van subjectivering van de wederrechtelijkheid lijkt een objectieve invulling noodzaak. Als de wijze waarop de dader de overheid wil (in de enge betekenis van wensen, begeren of doelgericht nastreven) dwingen in objectieve zin wederrechtelijk is, moet het terroristisch oogmerk aanwezig geacht worden. In die betekenis kleven tenminste geen onoverkomelijke bezwaren aan de invoeging. Gegeven het feit dat de wetgever zich niet steeds bewust blijkt te zijn geweest van het feit dat de plaats waarop het bestanddeel wederrechtelijk in art. 83a Sr is ingevoegd leidt tot een subjectivering van dat bestanddeel lijkt goed verdedigbaar dat de wetgever in dit geval van de hoofdregel heeft willen afwijken.

*Invulling wederrechtelijkheid aan de hand van overige bestanddelen*

Een tweede mogelijkheid bestaat in een alternatieve invulling van het bestanddeel wederrechtelijk. Een voorbeeld daarvan biedt het Dreigbriefarrest waarin de Hoge Raad begin zeventigerjaren<sup>79</sup> invulling gaf aan het bestanddeel *oogmerk om zich wederrechtelijk te bevoordelen* van art. 317 Sr (afpersing). Verdachte had gedreigd geweld te gebruiken als hij een geldsom waarop hij recht meende te hebben niet zou ontvangen. De Hoge Raad overwoog:

dat daaruit door het Hof kon worden afgeleid, dat req. moet hebben beseft, dat hij (ook indien hij de voormelde mening toegedaan zou zijn geweest) de grenzen van het maatschappelijk betamelijke daarmede verre overschreed – dat req. bij een en ander heeft gehandeld met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen.

In deze rechtsoverweging wordt het subjectieve karakter van het *oogmerk om zich wederrechtelijk te bevoordelen* behouden. De Hoge Raad stelt immers vast dat requirant zekerheidsbewustzijn<sup>80</sup> van de wederrechtelijkheid moet hebben gehad. Om een andere reden is deze uitspraak ten aanzien van het delict van art. 317 Sr evenwel minder geslaagd.

De opvatting houdt in dat in de ogen van de Hoge Raad het oogmerk van wederrechtelijkheid is gegeven wanneer wetenschap van het onbetamelijke karakter van het

<sup>79</sup> HR 9 februari 1971, NJ 1972, 1.

<sup>80</sup> Voor het oogmerk van art. 83a Sr volstaat zekerheidsbewustzijn op zich niet. Er moet immers sprake zijn van een wens of begeren. Praktisch maakt dat weinig uit. Bij deze invulling van wederrechtelijkheid is sprake van het oogmerk om een overheid wederrechtelijk te dwingen indien het doel (in de zin van wens of begeerte) van de dader is om die overheid door misdrijf te dwingen. Daarvoor lijkt voldoende dat de dader weet dat de handeling waarmee hij de overheid dwingen wil als misdrijf strafbaar is gesteld.

handelen bewezen is. De onbetamelijkheid en de wetenschap daarvan zijn in deze zaak afgeleid uit het (uiteraard) eveneens bewezen bestanddeel *bedreiging met geweld*. Dat brengt mee dat het bestanddeel *oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen* in art. 317 Sr geen enkele zelfstandige betekenis meer heeft. Dit misdrijf kan immers niet zonder (bedreiging met) geweld<sup>81</sup> worden gepleegd en een ieder zal zich toch altijd realiseren (althans door de rechter geacht zal worden zich te hebben gerealiseerd) dat hij de grenzen van het maatschappelijk betamelijke daarmee overschrijdt. Deze uitspraak wordt dan ook volledig terecht bekritiseerd door annotator Bronckhorst, Nieboer<sup>82</sup>, Rummelink<sup>83</sup> en Kelk<sup>84</sup>. De Hullu sluit zich daarentegen aan bij de opvatting van de Hoge Raad.<sup>85</sup>

Kern van de kritiek is steeds dat de bedreigingshandeling zelf strafbaar is gesteld in de art. 284 (sanctienorm: één jaar gevangenisstraf) en 285 Sr (sanctienormen: twee en vier jaren gevangenisstraf). Het meerdere van art. 317 Sr (sanctienorm: negen jaren gevangenisstraf) is dat die bedreiging ook nog eens plaatsvindt om een bevoordeling te bewerkstelligen die niet rechtmatig is. De wetgever heeft het oogmerk van wederrechtelijke bevoordeling niet voor niets opgenomen in deze delictomschrijving.

De gegrondheid van de kritiek op dit arrest doet evenwel geen afbreuk aan het feit dat de Hoge Raad geen principiële bezwaren blijkt te hebben tegen invulling van de wederrechtelijkheid aan de hand van andere bestanddelen van hetzelfde delict. Dat zou met terroristische misdrijven die gepleegd worden met het oogmerk om een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk tot enig doen, laten of dulden te dwingen ook kunnen. De wederrechtelijkheid en het oogmerk op die wederrechtelijkheid worden ingevuld door de vaststelling dat het dwingen plaatsvond door het plegen van een ernstig (gewelds)misdrijf en dat de verdachte ook bedoelde door middel van dit misdrijf dwang uit te oefenen.

Steun voor deze uitleg kan in de wetsgeschiedenis worden gevonden in het verzet van de minister tegen het invoegen van het bestanddeel wederrechtelijk. Hij achtte de invoeging overbodig omdat de eis van wederrechtelijkheid reeds gegarandeerd zou worden door het feit dat het terroristisch oogmerk slechts strafrechtelijke betekenis heeft in verband met de misdrijven die in art. 83 Sr worden genoemd. Het feit dat een misdrijf moet zijn gepleegd, maakt de aparte eis van wederrechtelijkheid overbodig. Deze stelling kan slechts worden begrepen indien wordt aanvaard dat de wederrechtelijkheid wordt ingevuld aan de hand van het gepleegde misdrijf. Het moet er aldus voor worden gehouden dat de minister (ongeacht zijn opvatting omtrent objectivering of subjectivering van de wederrechtelijkheid) ten tijde van de totstandkoming van de WTM deze uitleg van het begrip wederrechtelijkheid voorstond.<sup>86</sup>

<sup>81</sup> In de onderhavige zaak ging het om bedreiging met geweld. Het daadwerkelijk plegen van geweld zal echter niet minder onbetamelijk zijn.

<sup>82</sup> Nieboer, Schets materieel strafrecht, o.c., p. 109.

<sup>83</sup> Rummelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, o.c., p. 246, 247.

<sup>84</sup> C. Kelk, Studieboek materieel strafrecht, 3<sup>e</sup> druk, Kluwer, Deventer, 2005, p. 126-130.

<sup>85</sup> De Hullu, Materieel strafrecht, o.c., p. 181-183.

<sup>86</sup> Verdedigbaar lijkt overigens dat de minister daarbij dan tevens het oog had op een objectieve uitleg van het bestanddeel wederrechtelijk. Dit kan worden afgeleid uit het feit dat de minister onvoldoende blijkt geeft van besef van de subjectivering van dit bestanddeel door de plaatsing van wederrechtelijkheid achter oogmerk. Dan kan dus worden volgehouden dat zowel de eerste als de tweede mogelijkheid wordt gekozen.



*Wederrechtelijk als zonder (positiefrechtelijke) bevoegdheid*

Een derde mogelijkheid bestaat eveneens in een alternatieve invulling van het bestanddeel wederrechtelijk. Deze uitleg van wederrechtelijk in art. 83a Sr komt effectief neer op het voor deze bepaling expliciet erkennen van de zogenaamde *facet-wederrechtelijkheid*.

Hiervoor werd geopteerd voor een uitleg van *wederrechtelijk* als *in strijd met het positieve recht*. Daarmee werd de uitleg van *wederrechtelijk* als bestanddeel dat afhankelijk van de concrete delictsomschrijving waarin het wordt genoemd steeds een andere betekenis heeft als algemeen uitgangspunt verworpen. Daarbij werd evenwel onmiddellijk erkend dat dit niet mee kon brengen dat voor het bewijs van die wederrechtelijkheid steeds de afwezigheid van alle rechtvaardigingsgronden of anderszins permitterende rechtsregels behoeft te worden bewezen. De *facet-wederrechtelijkheid* is dan als het ware bewijsthema. Wanneer de wederrechtelijkheid in die betekenis uit de inhoud van de bewijsmiddelen kan worden afgeleid, kan, behoudens aanwijzingen dat de wederrechtelijkheid in een andere betekenis ontbreekt en mits de rechter door de inhoud van die bewijsmiddelen ook de overtuiging heeft bekomen, het bestanddeel wederrechtelijkheid bewezen worden.

De onderhavige uitleg van wederrechtelijk in art. 83a Sr wijkt af van dit algemene uitgangspunt. De *facet-wederrechtelijk* is hier meer dan slechts het bewijsthema. De (vermeende) aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond staat (ongeacht het antwoord op de vraag of die wederrechtelijkheid geobjectiveerd of gesubjectieerd moet worden) niet in de weg aan het bewijs van het oogmerk op de wederrechtelijkheid. Bij de bewijsbeslissing omtrent het oogmerk op de wederrechtelijkheid is dan dus slechts de delictseigen betekenis van wederrechtelijk in art. 83a Sr van belang. Gevolg daarvan is dat de overtuiging van de verdachte dat hij een hogere norm gehoorzaamde dan geen invloed heeft op de (gesubjectieerde) wederrechtelijkheid.

Hieronder, in paragraaf 2.2.3.2, zal worden betoogd dat in deze opvatting de meest voor de handliggende uitleg van *wederrechtelijk* in art. 83a Sr op bestanddeelniveau *zonder bevoegdheid* is.<sup>87</sup> Wanneer die bevoegdheid en dus ook het ontbreken ervan positiefrechtelijk (en niet aan de hand van ‘hogere’ natuurrechtelijke beginselen of religieuze wetten) wordt ingevuld, kan voorkomen worden dat de eis dat het oogmerk op de wederrechtelijkheid bewezen moet worden de toepasbaarheid van de WTM op daders die handelen vanuit en zich beroepen op een bepaalde ideologie illusoir maakt. Dat kan dan met handhaving van de hoofdregel dat het bestanddeel oogmerk (als bijzondere opzetvorm) betrekking heeft op alles wat daarop volgt. Voor zover het beroep op de hogere norm een geslaagd beroep op overmacht oplevert, volgt een ontslag van alle rechtvervolgning. Voor zover die norm slechts bestaat in de overtuiging van de verdachte behoeft zij aan het bewijs van het oogmerk op de wederrechtelijkheid niet in de weg te staan.

<sup>87</sup> Deze oplossing is, in tegenstelling tot de voorgaande twee, alleen mogelijk ten aanzien van het oogmerk de overheid of een internationale organisatie tot enig doen, laten of dulden te dwingen. Nu de uiteindelijke wettekst slechts het oogmerk op de wederrechtelijkheid van deze variant van het terroristisch oogmerk eist, bestaan uit dien hoofde tegen deze oplossing geen bezwaren. Daarmee is geenszins gezegd dat tegen deze oplossing als zodanig geen bezwaren bestaan.

Voordeel (en nadeel) van deze oplossing is dat het een kwalitatief element toevoegt aan het terroristisch oogmerk. In deze invulling voegt de invoeging van het bestanddeel wederrechtelijk wel degelijk iets toe. Het is echter de vraag hoe die toevoeging gewaardeerd moet worden. Hieronder zal getracht worden op die vraag een (begin van een) antwoord te formuleren.

### *Voorkeur*

Geen van de gekozen oplossingen kan werkelijk elegant genoemd worden. Effectief lijken ze evenwel alle drie wel te zijn. Op niet volstrekt onverdedigbare gronden voorkomen zij dat iedere verwijzing naar een willekeurige filosofie of ideologie het bewijs van de tweede variant van het terroristisch oogmerk onmogelijk maakt zodra de verdachte maar aannemelijk maakt dat hij zelf heilig overtuigd is van de hogere morele waarde van die ideologie en de daaraan verbonden plichten. Een uitgesproken voorkeur voor één van de drie oplossingen heb ik dan ook niet.

Hieronder, in paragraaf 2.2.3.2, zal evenwel nog blijken dat aan de derde oplossing een aantal haken en ogen kleeft. De aanknopingspunten die in de wetsgeschiedenis voor deze oplossing te zijn, lijken ook bepaald niet sterk.<sup>88</sup> Het heeft er aldus alle schijn van dat voor één van de beide andere oplossingen gekozen moet worden. Wellicht moet zelfs aangenomen worden dat beide oplossingen gelijktijdig van toepassing zijn. Zowel voor de objectivering van de wederrechtelijkheid als voor de invulling van de wederrechtelijkheid als *door middel van een misdrijf als bedoeld in art. 83 Sr* zijn in de parlementaire behandeling immers aanknopingspunten te vinden. Dan is dus het feit dat door middel van het plegen van een misdrijf als bedoeld in art. 83 Sr geprobeerd wordt een overheid tot enig doen, laten of dulden te dwingen reeds voldoende voor bewijs van het begaan van dat misdrijf met een terroristisch oogmerk.

### **Actievoerders en de WTM**

Al het voorgaande neemt evenwel niet weg dat de wens om actievoerders verre van de toepassing van de WTM te houden meer dan gerechtvaardigd is. De vraag is hoe dat kan nu invoeging van een bestanddeel waarin de wederrechtelijkheid, in objectieve of subjectieve wijze, is opgenomen dat effect niet blijkt te sorteren.

De minister stelt dat actiegroepen niets te vrezen hebben. Immers, de misdrijven waar het hier om gaat zijn van een kaliber waar actiegroepen niet aan toekomen. Daarenboven is volgens de minister geen sprake van de bevolking vrees aanjagen of het ontwrichten van fundamentele politieke (etc.) structuren.

Evenmin is sprake van een overheid of internationale organisatie *dwingen*. De pressie die van dergelijke acties uitgaat heeft daarvoor immers onvoldoende kracht.<sup>89</sup>

Met zijn stelling dat de pressie die van de misdrijven van actiegroepen uitgaat onvoldoende is om van een terroristisch oogmerk te kunnen spreken, geeft de minister er blijk van opnieuw over het hoofd te zien dat, ongeacht een eventuele objectivering van de wederrechtelijkheid, het oogmerk van de dader centraal staat. Het gaat er niet om of het *dwingen* werkelijk lukt, maar of het misdrijf wordt begaan met het doel om een overheid te dwingen. Daarbij speelt de kans dat het dwingen werkelijk slaagt

<sup>88</sup> Gewezen kan slechts worden op de hieronder nog te bespreken verwijzing naar art. 284 Sr.

<sup>89</sup> TK 2001–2002, 28463, nr. 3, p. 3.

slechts een bijrol. Hooguit kan wellicht worden aangenomen dat als een ieder zou moeten beseffen dat een overheid door een dergelijk optreden niet gedwongen wordt, het oogmerk van de dader ook wel niet op het dwingen van die overheid gericht zal zijn geweest. Maar ook los van het oogmerk is niet duidelijk wanneer dan wel van *dwingen* sprake zou zijn. Dat actiegroepen niet zouden kunnen *dwingen* lijkt onder die omstandigheden niet zonder meer zeker gesteld.

Dat de feiten die actiegroepen of hun leden begaan geen terroristische misdrijven zijn omdat die laatste categorie uit een beperkt aantal zeer ernstige misdrijven bestaat, lijkt evenmin gewaarborgd. Onder de zeer ernstige misdrijven waar de minister van spreekt vinden we onder meer de brandstichting waarvan gemeen gevaar voor goederen te duchten is (art. 157 onder 1 j° art. 176a Sr), het verbergen van blusmiddelen in het vooruitzicht van brand (art. 159 j° art. 176a Sr), versperring van een weg waarvan gevaar voor de veiligheid van het verkeer te duchten is (162 onder 1 j° art. 176 a Sr), bedreiging met een terroristisch misdrijf (art. 285 lid 3) en zware mishandeling (art. 302 j° art. 304a Sr). Voor deze feiten geldt dat zij zeker zeer ernstig kunnen zijn. Problematisch kan echter zijn dat het met die ernst soms best meevalt. Zware mishandeling bestaat in het opzettelijk toebrengen van zwaar lichamelijk letsel. Dat zwaar lichamelijk letsel omvat enerzijds het afhakken van armen en benen en het uitsteken van de ogen, maar anderzijds tevens een neusfractuur die aanleiding geeft tot operatie, een duimfractuur met peesletsel of een blijvend litteken bij het linkeroog.<sup>90</sup>

Wanneer leden van een bepaalde groepering burgers willekeurig de ledematen afhaken en de ogen uitsteken om de bevolking vrees aan te jagen of om hun politieke eisen kracht bij te zetten, is, zeker wanneer het gaat om een stelselmatige campagne, de veroordeling wegens terroristische misdrijven niet misplaatst. Maar is dat ook zo wanneer betogers tijdens een demonstratie een gewelddadige confrontatie aangaan met de politie? Moet ook dan bestraffing plaatsvinden op basis van strafbepalingen en strafverzwaringen die hun oorsprong vinden in grootschalige aanslagen waarbij duizenden doden vallen? Stel dat de burgemeester van Den Haag wil voorkomen dat de deelnemers aan een demonstratie tegen het Israëlische nederzettingenbeleid naar de Israëlische ambassade gaan. Daartoe wordt op ruime afstand van de ambassade een politie-kordon opgericht. In een poging het kordon te doorbreken gooit één van de betogers een steen in de richting van de politieagenten. Hij mist. Naar de letter zal vrij snel sprake zijn van een terroristisch misdrijf. Waarom zou dit geen poging tot zware mishandeling met het oogmerk de gemeente te dwingen dat zij duldt dat de demonstratie zich verplaatst naar de ambassade kunnen zijn? Volgens de memorie van toelichting wordt met *een overheid* in art. 83a Sr tevens een buitenlandse of een lagere overheid bedoeld.<sup>91</sup> Of het wetsvoorstel voldoende onderscheid maakt tussen activisten en terroristen valt dus nog maar te bezien.

### Hetzelfde doel beter gediend

Mogelijk dat een minder royale implementatie van het kaderbesluit aan dit onderscheid had kunnen bijdragen. Hierboven kwam al aan de orde dat één van de kenmerken van een terroristisch misdrijf volgens de omschrijving van art. 1 kaderbesluit is dat het gaat om gedragingen *die door hun aard of context een land of internationale organisatie ernstig kunnen schaden*. Juist deze eis had een heel adequate scheidslijn kunnen vormen

<sup>90</sup> Conclusie AG Keizer bij HR 17 november 1998, NJ 1999, 151.

<sup>91</sup> TK 2001–2002, 28463, nr. 3, p. 5.

tussen misdrijven bij uit de hand gelopen demonstraties en de grootschalige, allesverwoestende aanslagen die de directe aanleiding voor de aanneming van het kaderbesluit vormden. De toevoeging ervan had naar mijn gevoel een ieder geval meer waarde gehad dan de invoeging van het woord wederrechtelijk.

### 2.2.1.3 Het terroristisch oogmerk een motief?

Een andere kwestie die tijdens de hierboven genoemde hoorzitting ter sprake kwam, was of de introductie van het terroristisch oogmerk niet eigenlijk strafverzwaring bij de aanwezigheid van een bepaald motief behelst. In verband met de uitgangspunten die in paragraaf 1.4.3 aan de orde kwamen zou dat problematisch kunnen zijn. In het Nederlandse strafrecht speelt het motief, op goede gronden, immers doorgaans geen rol. Tijdens de hoorzitting verdedigt Van der Wilt de opvatting dat in art. 83a Sr feitelijk sprake is van een motief. Het verschil tussen oogmerk en motief karakteriseert hij als volgt:

“oogmerk” is een bijzondere variant van opzet, dat de wetgever heeft gereserveerd om de intentionele gerichtheid op een direct nabijgelegen doel weer te geven. Motief is de algemene, psychologische, politieke of economische drijfveer die de pleger tot het begaan van het delict beweegt (...) In de meeste gevallen zijn ze niet af te leiden uit de uiterlijke verschijningsvorm van het delict.<sup>92</sup>

### De zwakke band tussen gedraging en oogmerk

Eerder verklaarde Van der Wilt het verschil tussen oogmerk en motief aan de hand van de begrippen onmiddellijk en middellijk gevolg. Het onmiddellijk gevolg is dan het naaste doel. Het middellijk gevolg is de behoefte die daardoor bevredigd wordt. Dit brengt dan mee dat tussen een handeling en het oogmerk waarmee die handeling verricht werd een band moet bestaan. Immers het naast gelegen doel is dan het inherente doel van die bepaalde handeling. Deze band ontbreekt bij het terroristisch oogmerk. Immers, het terroristisch oogmerk heeft niet slechts één betekenis, doch drie. Indien een moord met één van deze drie oogmerken wordt begaan is sprake van een terroristische moord. Een moord kan met ieder van de drie oogmerken worden begaan, terwijl een moord ook prima zonder één van de drie oogmerken kan worden begaan. Ook het feit dat de drie oogmerken niet aan één bepaalde gedraging gebonden zijn, maar dat een groot aantal delicten met ieder van die oogmerken kan worden begaan, maakt duidelijk dat de band tussen gedraging en oogmerk zwak is. Het oogmerk onderscheidt zich volgens Van der Wilt nu juist van het motief doordat *het gewenste gevolg naar ervaringsfeiten inherent is aan de handeling*.<sup>93</sup>

Het onderscheidend criterium dat Van der Wilt noemt, lijkt niet keihard. Zo wordt ook het oogmerk om *zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen* gekoppeld aan meerdere handelingen. Het kan dan gaan om dwingen van afgifte van een goed door geweld of bedreiging met geweld (art. 317 Sr) of door bedreiging met smaad (art. 318 Sr). Het kan ook gaan om iemand bewegen tot afgifte van een goed door listige kunstgrepen (art. 326 Sr). Het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen kan worden geacht mede te omvatten het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening. Dit laatste bestanddeel is weliswaar exclusief verbonden aan diefstal (art.

<sup>92</sup> TK 2003–2004, 28463, nr. 29, p. 3.

<sup>93</sup> H.G. van der Wilt, Het terroristisch oogmerk, in Dolman (red.), *Terrorisme, Europa en strafrecht*, o.c., p. 67 e.v..

310 Sr) het resultaat kan ook door andere gedragingen worden bewerkstelligd. Ook kan de gedraging wegnemen heel wel plaatsvinden zonder het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening.

Toch moet aan Van der Wilt worden toegegeven dat bij terroristische misdrijven de band tussen de gedraging en het oogmerk soms wel erg zwak is. Versterking van deze band had plaats kunnen vinden door te eisen dat het gaat om gedragingen *die door hun aard of context een land of internationale organisatie ernstig kunnen schaden*. Deze eis geeft de gedraging een objectieve eigenschap die kan worden gezien als afgeleide van het subjectieve oogmerk. Het serieus dwingen van een overheid, vrees aanjagen van een bevolking of vernietigen van de fundamentele constitutionele structuren van een land is namelijk onmogelijk zonder gedragingen die een land ernstig kunnen schaden. In hun huidige redactie eisen de bepalingen geenszins dat de gedraging geëigend is om het oogmerk te verwezenlijken en dat verzwakt de band tussen beide.

Of dit met zich meebrengt dat geen sprake is van een oogmerk maar van een motief lijkt vatbaar voor discussie. De juistheid van de stelling dat het motief meestal niet af te leiden valt uit de uiterlijke verschijningsvorm van het delict lijkt in ieder geval tegen de stelling te pleiten dat het terroristisch oogmerk een motief is. In veruit de meeste gevallen zal de wijze van uitvoering immers zeer duidelijk wijzen op de gerichtheid op verwezenlijking van het terroristisch oogmerk.

Bij het oogmerk om een overheid tot enig doen, laten of dulden te dwingen ligt dit het meest voor de hand. Veelal zal immers een ultimatum met eisen en dreigementen worden gesteld. Veel duidelijker kan het oogmerk toch nauwelijks blijken. Maar ook de andere twee varianten van het terroristisch oogmerk zullen vaak uit de wijze van uitvoering (en dus de uiterlijke verschijningsvorm) van het misdrijf kunnen worden afgeleid.

Wanneer het oogmerk van de dader bestaat in vreesaanjaging van de Nederlandse bevolking zal het misdrijf zo uitgevoerd worden dat een zo groot mogelijk publiek van het misdrijf op de hoogte raakt, daardoor geschokt is en daarvan het gevoel krijgt dat dit een ieder kan overkomen. Dit kan bijvoorbeeld<sup>94</sup> door het plegen van een aanslag op een publieke plaats waarbij veel willekeurige slachtoffers vallen. Als naaste doel van een dergelijke aanslag zal toch weinig anders dan het zaaien van angst en paniek kunnen worden aangewezen.<sup>95</sup>

Bij de ontwrichting van bepaalde fundamentele basisstructuren zal in de eerste plaats gedacht moeten worden aan gerichte aanvallen op bepaalde personen en (infrastructuurele) voorzieningen. Daar duidt de keuze op een bepaald slachtoffer, gebouw of computernetwerk op de bedoeling van de dader. Wie een aanslag op het leven van de mi-

<sup>94</sup> Alhoewel dit de meest voor de hand liggende wijze is, acht de rechtbank Amsterdam in de hieronder nog te bespreken uitspraak in de zaak Mohammed B. het oogmerk om de Nederlandse bevolking ernstige vrees aan te jagen, op goede gronden, bewezen. Het slachtoffer in die zaak was allerminst willekeurig gekozen.

<sup>95</sup> Wellicht dat Van der Wilt meent dat het naaste doel is om zo veel mogelijk slachtoffers te maken om daarmee (verdergelegen doel) angst en paniek te zaaien. Deze opvatting lijkt mij niet juist. De aanslag zal immers in strafrechtelijke termen (mede) moord opleveren. Het naaste doel, in de zin van het oogmerk waarmee de gedraging plaatsvond, van moord is niet de dood van het slachtoffer. De dood van het slachtoffer is immers geen gevolg van de 'gedraging' moord maar een onderdeel daarvan. Het naastgelegen doel van een handeling moet uiteraard een (mogelijk) gevolg van die handeling zijn. Het aantal dodelijke slachtoffers is bij moord dan ook geen doel van het misdrijf maar het aantal malen dat het misdrijf is begaan.

nister-president pleegt zonder dat tussen beide personen een aanwijsbare relatie bestaat<sup>96</sup>, pleegt die aanslag waarschijnlijk juist omdat het de minister-president van Nederland betreft of omdat hij het niet eens is met de wijze waarop deze persoon dat ambt vervuld. Dan is dus sprake van het oogmerk om de constitutionele en de politieke basisstructuren van Nederland te ontwrichten of te vernietigen.

Ook al is de stelling van Van der Wilt in zoverre juist dat het terroristisch oogmerk (in theorie) ook aanwezig kan zijn zonder dat dit uit de gekozen wijze van uitvoering blijkt, de bewijsbaarheid ervan zal toch vaak volledig afhankelijk zijn van de wijze waarop en de omstandigheden waaronder het misdrijf is gepleegd. Alhoewel onvolkomenheden in het materiële recht (principeel) niet langs de weg van het bewijsrecht behoren te worden opgelost, lijkt het praktisch belang van de theoretische mogelijkheid dat het terroristisch oogmerk niet blijkt uit de uiterlijk waarneembare gedraging aldus zeer gering.

Hiervoor werd reeds betoogd dat het ontbreken van een objectief bestanddeel dat de eis verwoordt dat verwezenlijking van het oogmerk (dus het feitelijk aanjagen van angst, de overheid dwingen of basisstructuren ontwrichten) een reëel gevaar is geweest als een lacune moet worden beschouwd. Juist in gevallen waarin het oogmerk is verwezenlijkt (of het gevaar van verwezenlijking van het oogmerk daadwerkelijk bestaan heeft) kan de behoefte aan het opleggen van een hogere straf gerechtvaardigd zijn. Doordat de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk doorgaans moet worden afgeleid uit de wijze waarop het misdrijf is uitgevoerd, wordt via de (oneigenlijke) weg van het bewijsrecht op deze wijze bewerkstelligd dat veroordeling wegens terroristisch misdrijf in de regel slechts mogelijk zal zijn in gevallen waarin de wijze van uitvoering van het misdrijf zo zeer op verwezenlijking van het oogmerk was gericht dat het gevaar van verwezenlijking ook daadwerkelijk heeft bestaan. Het enkele feit dat op deze wijze verzekerd lijkt dat veroordelingen wegens terroristisch misdrijf slechts plaats kunnen vinden wanneer door de uiterlijke verschijningsvorm (en dus de band tussen misdrijf en oogmerk) een werkelijke bedreiging van een relevant rechtsgoed (de goedstoestand van de bevolking, de integriteit van de overheid of het Nederlands politiek en economisch bestel) met (extra) straf wordt bedreigd, staat eraan in de weg het terroristisch oogmerk als de strafbaarstelling van een motief af te doen. Bescherming van deze rechtsgoederen staat de strafwetgever zonder meer vrij. De afhankelijkheid van het bewijsstelsel maakt wel dat deze in praktisch opzicht bevredigende oplossing licht door verklaringen van de verdachte zelf (of van getuigen aan wie de verdachte zijn bedoelingen heeft medegedeeld) kan worden verstoord. Een principeel juiste oplossing zou om die reden (uiteraard) de voorkeur hebben gehad.

Hieronder in paragraaf 2.2.2.2 zal in verband met het oogmerk om (een deel van) de bevolking ernstige vrees aan te jagen worden aangetoond dat de rechter ook in het concrete geval een zekere band eist tussen het gepleegde misdrijf en het terroristisch oogmerk. Voor die band is zeker niet voldoende dat de dader een ideologie aanhangt

<sup>96</sup> Toegegeven moet worden dat het al dan niet bestaan van een dergelijke relatie wellicht niet uit de uiterlijke verschijningsvorm kan worden afgeleid. Enig houvast daarbij wordt mijns inziens overigens wel geboden door de stelling dat de boze buurman of geliefde van zijn vrouw eerder zal toeslaan wanneer de minister-president thuis is terwijl de politieke moord eerder bij een publiek optreden kan worden verwacht.

waarin het oogmerk om (een deel van) de bevolking ernstige vrees aan te jagen als het ware besloten ligt en dat hij een misdrijf pleegt dat volgens art. 83 Sr als terroristisch misdrijf kan worden begaan. Evenmin is voldoende dat de dader andere misdrijven die verband houden met het misdrijf in kwestie heeft begaan met het oogmerk om (een deel van) de bevolking ernstige vrees aan te jagen. Voor ieder apart misdrijf zal vastgesteld moeten worden dat het werkelijk is begaan met een terroristisch oogmerk. Bij die vaststelling zal vanzelfsprekend een centrale rol zijn weggelegd voor de wijze van uitvoering van dat misdrijf en de geschiktheid van dat misdrijf en de gekozen wijze van uitvoering om dat oogmerk te verwezenlijken. Alhoewel de betreffende eisen in de betreffende zaak werden gekoppeld aan het oogmerk om (een deel van) de bevolking ernstige vrees aan te jagen, lijkt geen reden te bestaan om voor de andere twee varianten van het terroristisch oogmerk een minder strakke band met het terroristisch oogmerk te eisen.

Het aantal gevallen waarin dan inderdaad helemaal geen band bestaat tussen de gedraging en het oogmerk en waarin het bewijsrecht niet aan veroordeling in de weg staat omdat uit de verklaringen van verdachte en / of getuigen ondubbelzinnig blijkt dat de verdachte wel degelijk (ondanks het feit dat dit nooit het resultaat van zijn handelen kon zijn) handelde met een terroristisch oogmerk zal aldus uiterst beperkt zijn. Dat neemt niet weg dat goed volgehouden kan worden dat verhoging van de sanctienorm in dergelijke gevallen misplaatst is. De verhoging van de sanctienorm is immers gebaseerd op de aantasting van een rechtsgoed (schade) die niet slechts niet heeft plaatsgevonden maar ook nimmer plaats had kunnen vinden.

Voor zover Van der Wilt daartegen bezwaar heeft, kan zijn standpunt worden onderschreven. Er wordt dan te veel nadruk gelegd op de (subjectieve) kwade bedoeling en te weinig op de (objectieve) gedraging. Dat past niet bij een daadgericht strafrecht. Met het onderscheid tussen motief en oogmerk heeft dat evenwel weinig uitstaan. De gedraging was gewoon ongeschikt voor de verwezenlijking van het oogmerk.<sup>97</sup> Onder die omstandigheden is verwezenlijking van het oogmerk uiteraard ver verwijderd. Dat is evenwel niet wat bedoeld wordt met een verder verwijderd doel ter onderscheiding van oogmerk als naaste doel. Beslissend is immers niet welk gevolg wel of niet door de gedraging kon worden verwezenlijkt maar welk gevolg de dader met de gedraging beoogde.

### Het motief

Hiervoor, bij de bespreking van de betekenis van het bestanddeel *oogmerk* in het Wetboek, werd reeds duidelijk dat het oogmerk (als naaste doel) betrekking heeft op het middel waarmee men de diepere behoefte die motief heet wil bevredigen. Het motief ligt dan verder van de gedraging dan het oogmerk. Anders gezegd, het oogmerk is dienstbaar aan het motief. Het naaste doel is instrumenteel. In het geval van een terroristische aanslag is het naaste doel dan vrees aanjagen, dwingen of vernietigen. Dit naaste doel wordt nagestreefd om (uiteindelijk) het einddoel te kunnen verwezenlijken. Het verwijderde doel of einddoel is verdrijving van de bezetter, oprichting van een landsbestuur dat zich laat leiden door de Sharia of de vestiging van een volstrekt egalitaire samenleving. Het motief is de wens om het einddoel te bereiken. In die zin bevatten de art. 83 en 83a Sr zeker geen motief.

<sup>97</sup> Hiervan lijkt sprake te kunnen zijn bij de misdrijven die in paragraaf 3.4 aan de orde komen.

Het is overigens de vraag, een vraag die hier verder onbesproken blijft, of het motief niet juist essentieel is in de afbakening van het begrip terrorisme. Wie uit winstbejag een overheid tracht te dwingen tot betaling van een geldsom handelt met een terroristisch oogmerk als bedoeld in art. 83a Sr. Veelal wordt in de internationale literatuur over dit onderwerp echter aangenomen dat in het motief van terrorisme een politiek of religieus element essentieel is.<sup>98</sup>

### Morele strafmaximumverhoging?

Een variatie op de vraag of de strafverhoging in verband met de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk neerkomt op strafverhoging in verband met de aanwezigheid van een bepaald motief betreft de ruimer geformuleerde vraag of het hier gaat om een verhoging van het strafmaximum op louter morele gronden. Die vraag dringt zich op in verband met het feit dat, zoals geconstateerd werd in paragraaf 1.4.1, de politieke conceptualisering van terrorisme vaak een sterk negatieve morele lading heeft. Positieve beantwoording van die vraag zou mogelijk leiden tot de conclusie dat de WTM strafbaarstellingen inhoudt die louter op morele gronden berusten. Dergelijke strafbaarstellingen zijn niet te verenigen met de fundamentele eisen die het Nederlandse strafrecht stelt aan de strafbaarstelling van gedrag zo bleek in paragraaf 1.4.3.1.

Het komt mij voor dat deze vraag niet anders dan negatief beantwoord kan worden. Daarvoor zijn verschillende redenen. Die vertonen overeenkomsten met de argumenten die ertegen pleiten in het terroristisch oogmerk een motief te zien.

Allereerst kan bezwaarlijk ontkend worden dat de verwezenlijking van het terroristisch oogmerk de Nederlandse samenleving grote schade toe zou brengen. Daarnaast gaat het bij terroristische misdrijven (in ieder geval in abstracto) steeds om gedragingen die ook werkelijk tot verwezenlijking van dat oogmerk kunnen leiden. De dreiging van de verwezenlijking van het gevaar kan voldoende reëel zijn om de strafbaarstelling te rechtvaardigen.<sup>99</sup> Daarmee blijkt ook aan de objectievere eis dan de loutere morele afkeuring voldaan te zijn. Daarenboven moet worden opgemerkt dat het bij terroristische misdrijven niet gaat om de strafbaarstelling van het terroristisch oogmerk maar om verhoging van de straf voor feiten die toch reeds strafbaar zijn. Dan kan de strafbaarstelling slechts een louter morele zijn indien ook dat grondfeit een louter morele strafbaarstelling behelst. Van het bestaan van dergelijke strafbaarstellingen is niet gebleken.

Tenslotte is het volgende nog van belang. In paragraaf 1.4.1.2 werd onderscheiden tussen normatieve conceptualiseringen en objectieve definities van terrorisme. Daar werd opgemerkt dat de normatieve conceptualiseringen een sterke negatieve connotatie bezitten. Daar zit dus de veroordeling van de dader, de terrorist, vanuit een bepaalde morele opvatting in verscholen. Dergelijke conceptualiseringen blijken niet of nauwelijks te vertalen in werkbare definities omdat er altijd kwalificatieve momenten in verscholen zijn die aanleiding (kunnen) geven tot discussie (bijvoorbeeld *onschuldige*

<sup>98</sup> Hoffman, *Inside terrorism*, o.c., p. 42, 43; Laqueur, *The new terrorism*, o.c., p. 46; Wilkinson, *Terrorism versus democracy*, o.c., p. 12; Muller, Spaaij, Ruitenberg, *Trends in terrorisme*, o.c., p. 8, 45.

<sup>99</sup> Dat neemt niet weg dat het ontbreken van een objectief equivalent van het terroristisch oogmerk zoals het Kaderbesluit dat bevat (*door hun aard of context een land of internationale organisatie ernstig kunnen schaden*) in de delictsomschrijvingen van de terroristische misdrijven moet worden betreurd.



burgers of legitieme overheid). Het terroristisch oogmerk van art. 83a Sr bevat niet een zodanige conceptualisering. De omschrijving van die bepaling past naadloos in het spectrum van bestaande objectieve definities die geen expliciet normatief oordeel bevatten.<sup>100</sup> De veroordeling van een persoon wegens terroristisch misdrijf houdt ook niet (zonder meer) in dat de rechter in zijn rechtstreekse confrontatie met de burger een moreel oordeel uitspreekt over die burger of diens gedrag.<sup>101</sup>

Dat neemt overigens niet weg dat in de politieke discussie wel regelmatig blijkt is gegeven van het bestaan van politieke conceptualisering van terrorisme door verschillende parlementariërs. Zo worden de daders van deze feiten aangeduid als *terroristen* (hetgeen op zich zelf reeds een moreel oordeel inhoudt) wier gedragingen een *sterk antidemocratisch karakter* zouden hebben.<sup>102</sup> In een objectieve conceptualisering van terrorisme (en dus ook in de art. 83 en 83a Sr) is geenszins uitgesloten dat terrorisme juist gericht is op de vestiging van een democratie.

Wat hiervan zij, de wetgever heeft juist wel tot taak ook morele gronden te betrekken in de beoordeling van de toelaatbaarheid of noodzaak tot strafbaarstelling. De art. 83 en 83a Sr bevatten een feitelijke omschrijving van het moreel verwerpelijke gedrag. Of die omschrijving de meest adequate is, kan worden betwijfeld. Die twijfel doet geen afbreuk aan het oordeel dat die omschrijving de rechter niet dwingt tot een moreel oordeel en dat die omschrijving ook niet op louter morele gronden tot stand is gekomen.

## 2.2.2 Oogmerk om (een deel van) de bevolking ernstige vrees aan te jagen

In het navolgende zullen de verschillende varianten van het terroristisch oogmerk één voor één in meer detail besproken worden. De eerste variant betreft het oogmerk om de bevolking of een deel daarvan ernstige vrees aan te jagen.

Het terroristisch oogmerk van art. 83a Sr wijkt af van het kaderbesluit door genoegzaam te nemen met het *oogmerk om een deel der bevolking ernstige vrees aan te jagen*. Naar de letter genomen lijkt volgens het kaderbesluit (dat spreekt van *een bevolking*) pas sprake van een terroristisch misdrijf wanneer het misdrijf erop was gericht de volledige bevolking van een land vrees aan te jagen. In die zin kiest de regering dus ook hier voor een royale implementatie.

### 2.2.2.1 Een deel der bevolking

Volgens de minister behelst het *oogmerk om een deel der bevolking ernstige vrees aan te jagen* slechts een concretisering van de term *een bevolking* uit het kaderbesluit. Het gaat volgens hem niet om een gering deel van de bevolking.

<sup>100</sup> Dat brengt overigens niet mee dat helemaal geen sprake is van een moreel oordeel. Verwezenlijking van het terroristisch oogmerk zal, net als bijvoorbeeld moord, in de meeste gevallen door een overgrote meerderheid van de Nederlandse bevolking als verwerpelijk worden beschouwd. Dat laat onverlet dat de omschrijving van het terroristisch oogmerk niet is opgehangen aan een dergelijke verwerping. In uitzonderlijke gevallen kan die verwezenlijking ook gerechtvaardigd worden geacht. De rechtvaardigingsgronden in het Wetboek bieden de rechter in dergelijke gevallen de mogelijkheid in zijn uitspraak tot uitdrukking te brengen dat voor bestraffing geen plaats kan zijn.

<sup>101</sup> In paragraaf 1.4.3.1 bleek dat de rechter, als overheidsorgaan, een dergelijk oordeel, in ieder geval als grondslag voor bestraffing, niet toekomt.

<sup>102</sup> TK 2002–2003, 28463, nr. 5, p. 7.

Zo kunnen misdrijven tegen een bepaalde beroepsgroep mogelijk als terroristische misdrijven worden aangemerkt. Niet omdat zij bedoeld zijn om een deel der bevolking ernstige vrees aan te jagen maar wel als en omdat zij worden begaan om de economische basisstructuren van een land te ontwrichten.<sup>103</sup>

Later probeert de minister voor verdere verduidelijking te zorgen. Voor beantwoording van de vraag wanneer sprake is van een deel der bevolking zijn geen precieze criteria te formuleren. Het moet in ieder geval gaan om een aanzienlijke groep van personen. De meest geringe vorm zou dan toch al snel de gezamenlijke inwoners van een bepaalde streek moeten omvatten. Dan wordt de minister onduidelijk. Hij gaat uiteenzetten wanneer de gehele bevolking vrees wordt aangejaagd. Daarvan zou naar zijn mening sprake zijn als systematisch aanslagen worden gepleegd tegen aanhangers van een bepaald geloof of beoefenaars van een bepaald beroep.<sup>104</sup> De onduidelijkheid ligt in het feit dat de minister hier spreekt van feitelijk vrees aanjagen, terwijl art. 83a Sr nu juist ziet op het oogmerk om vrees aan te jagen. Als bepaalde beroepsbeoefenaars slachtoffer worden van misdrijven kan volgens de minister dus geen sprake zijn van het oogmerk een deel der bevolking ernstige vrees aan te jagen. Maar als de aanslagen systematisch worden gepleegd dan wordt de gehele bevolking vrees aangejaagd.

Beide stellingen lijken onhoudbaar. Of het oogmerk om de bevolking of een gedeelte ervan vrees aan te jagen aanwezig was, is afhankelijk van de psyche van de dader niet van de persoon van het slachtoffer. Als systematisch aanslagen worden gepleegd op pelsfokkers zal dat ook geenszins de gehele bevolking vrees aanjagen. Naast de pelsfokkers zal slechts een enkeling zelf angst ervaren, een meerderheid zal te doen hebben met de slachtoffers zonder zich persoonlijk bedreigd te achten terwijl een minderheid van oordeel zal zijn dat de pelsfokkers een gerechtvaardigd doelwit vormen.

Wat daarvan verder ook zij, als vaststaand kan worden aangenomen dat de minister de toepasbaarheid van de WTM enerzijds niet heeft willen bepalen tot gevallen waarin het oogmerk bestond om iedere individuele inwoner van een land te beangstigen. Anderzijds moet in die gevallen waarin het oogmerk zich richt naar een groep mensen van zeer beperkte omvang niet te snel van terrorisme worden gesproken. Deze uitleg lijkt juist.

Als de woorden *een bevolking* uit het kaderbesluit zouden moeten worden gelezen als de bevolking en dan in de zin van de volledige bevolking zouden daden van geweld die slechts bedoeld zijn om het protestante gedeelte van Noord Ierland, het niet-Baskische gedeelte van Spanje of het ongelovige gedeelte van de westerse wereld vrees aan te jagen niet als terroristische misdrijven kunnen worden gekwalificeerd. Dat kan de bedoeling niet zijn. Anderzijds valt zeer goed te billijken dat het oogmerk een gering gedeelte van de bevolking ernstige vrees aan te jagen niet volstaat.

Toch is er om de woorden *of een deel der bevolking* het nodige te doen geweest. De VVD-fractie vond de uitleg van de minister te beperkt. Ook actiegroepen die door middel van geweldsacties specifieke delen van de bevolking door het aanjagen van vrees trachten hun beroep op te laten geven, zouden onder het bereik van de art. 83 en 83a Sr moeten kunnen worden gebracht.<sup>105</sup> Met name de fractie van de SP was

<sup>103</sup> TK 2002–2003, 28463, nr. 6, p. 6.

<sup>104</sup> TK 2003–2004, 28463, nr. 10, p. 6.

<sup>105</sup> TK 2002–2003, 28463, nr. 5, p. 4.

sterk gekant tegen de toevoeging *een deel der bevolking*. Omdat de toevoeging zelf geen antwoord geeft op de vraag hoe groot de groep moet zijn waarop het oogmerk ziet, zou de vrees dat aan art. 83a Sr een te ruim toepassingsbereik wordt toegekend gerechtvaardigd zijn. De discussie wordt toegespitst op dierenactivisten die nertsfokkers bedreigen.<sup>106</sup> Het heeft er daarbij alle schijn van dat het dominante perspectief onder parlementariërs (zowel onder de voor- als onder de tegenstanders van die aanpak) is dat onder een *deel der bevolking* wel degelijk zonder meer een bepaalde beroepsgroep dient te worden verstaan.<sup>107</sup>

Dit leidt uiteindelijk tot een amendement waarin wordt voorgesteld de zinsnede *of een deel der bevolking* te schrappen<sup>108</sup> en een motie (de wettekst biedt in de ogen van de indiener kennelijk voldoende ruimte) waarin de wenselijkheid wordt uitgesproken dat het OM wegens terroristisch misdrijf vervolgt als dierenactivisten met het oogmerk om een deel der bevolking vrees aan te jagen delicten plegen<sup>109</sup>. De minister ziet noch het amendement, noch de motie zitten.<sup>110</sup> De motie wordt uiteindelijk aangenomen, het amendement verworpen. Daarmee ontvangen de minister en het OM geen opdracht, de kamer spreekt slechts de wenselijkheid uit.<sup>111</sup> Alhoewel slechts de wet en niet de wens van een meerderheid van een medewetgever de rechter bindt, kan de motie bij de uitleg van *een deel der bevolking* vanzelfsprekend wel een rol spelen.

De vraag dringt zich dan op of het zo vreselijk bezwaarlijk is dat ook minder grote groepen worden aangemerkt als deel der bevolking. Op zich hoeft dat geenszins het geval te zijn. Als zeer ernstige misdrijven worden begaan om een kleine maar specifieke groep personen in een voortdurende staat van angst te brengen, valt de kwalificatie terrorisme onder omstandigheden wellicht best te verdedigen. De dierenactivisten waarop de discussie zich toespitst, hebben echter, althans in Nederland, dergelijke feiten nog niet begaan. De wens om hen van toepassing van de WTM uit te sluiten valt dan ook best te billijken. Dat houdt echter mijns inziens geen verband met het gedeelte van de bevolking dat zij ernstige vrees aan willen jagen. Evenmin heeft dat iets te maken met eventuele sympathieën die men voor de doelstellingen van dergelijke lieden hebben kan. Dierenactivisten kunnen immers net als ieder ander terroristische misdrijven begaan. Vereist zou dan wel moeten zijn dat sprake is van zodanig ernstig misdrijven dat een groep van personen die groter is dan de kring van directe slachtoffers daardoor getroffen wordt.

Het probleem in het debat is, net als bij het al dan niet invoegen van het woord wederrechtelijk, dat het onderscheid tussen het subjectieve oogmerk en het objectief gevolg te vaak uit het oog verloren wordt.<sup>112</sup> Ook bij de discussie over de minimaal vereiste omvang van een deel der bevolking lijkt de werkelijke pijn dus een direct gevolg te zijn van het verzuim om in de WTM te eisen dat sprake is van gedragingen die *door*

<sup>106</sup> Hand. TK 2003-2004, nr. 31, p. 2201.

<sup>107</sup> Hand. TK 2003-2003, nr. 31, p. 2192, 2193; Hand. EK 2003-2004, nr. 32, p. 1699; dit oordeel wordt gedeeld door verschillende van de deskundigen die in de eerder genoemde parlementaire hoorzitting hebben geadviseerd over de wenselijkheid van de WTM (zie TK 2003-2004, 28463, nr. 29, p. 11, 12).

<sup>108</sup> TK 2003-2004, 28463, nr. 13.

<sup>109</sup> TK 2003-2004, 28463, nr. 26.

<sup>110</sup> Hand. TK 2003-2004, nr. 33, p. 2341, 2342.

<sup>111</sup> Hand. TK 2003-2004, nr. 33, p. 2360.

<sup>112</sup> Illustratief in dit verband onder meer TK 2003-2004, 28463, nr. 10, p. 6, Hand. TK 2003-2004, nr. 31, p. 2342.

*hun aard of context een land of internationale organisatie ernstig kunnen schaden.* Dit neemt niet weg dat de wetsgeschiedenis lijkt te dwingen tot een uitleg van *een deel der bevolking* die tamelijk ruim is.

### 2.2.2.2 De zaak Mohammed B.<sup>113</sup>

Naar aanleiding van de moord op Theo van Gogh werd verdachte Mohammed B. door de Amsterdamse rechtbank veroordeeld tot levenslange gevangenisstraf wegens moord met een terroristisch oogmerk, poging tot moord op agenten en omstanders, bedreiging van politieagenten met een vuurwapen, verboden vuurwapenbezit, voorbereiding of facilitering van een terroristische moord, belemmering in haar functie van een lid van één der kamers der Staten-Generaal met een terroristisch oogmerk en bedreiging van een lid van één der kamers der Staten-Generaal met een terroristisch oogmerk.

Deze zaak wordt in de onderhavige paragraaf uitgebreider besproken omdat het oogmerk om de bevolking of een deel daarvan ernstige vrees aan te jagen tamelijk uitgebreid en genuanceerd aan de orde is geweest. Het vonnis van de rechtbank verschaft met name duidelijkheid over de band die tussen de gedraging en het oogmerk wordt geëist.

#### De feiten

De feiten waren als volgt. Op 2 november 2004 fietst cineast en columnist Theo van Gogh omstreeks half negen op de Linnaeusstraat in Amsterdam op weg naar het stadsdeelkantoor. Verdachte B. komt vlak bij het stadsdeelkantoor naast Van Gogh fietsen en schiet op hem met een vuurwapen. Van Gogh springt daarop gewond van zijn fiets en probeert weg te rennen. B. stapt ook af en loopt Van Gogh rustig achterna terwijl hij blijft schieten. Van Gogh zou uiteindelijk door zeven kogels worden getroffen, terwijl ook twee omstanders worden geraakt. Als Van Gogh zwaargewond op straat ligt, buigt de verdachte zich over hem heen en snijdt met een groot mes zijn keel door. Vervolgens drukt hij dit mes met kracht in de borst van het slachtoffer. Een tweede, kleiner, mes wordt vervolgens door de verdachte in de buik van het slachtoffer gedrukt. Aan dit mes zit een 'open brief' aan het Tweede Kamerlid Ayaan Hirsi Ali. Verdachte voorspelt in de brief dat Hirsi Ali, die hij aanduidt als ongelovige fundamentalist, zich stuk zal slaan op de Islam. Het zwaard zal tegen haar worden opgeheven en zij zal ten onder gaan, zo vervolgt de schrijver.

Verdachte loopt vervolgens rustig weg bij het levenloze lichaam van het slachtoffer en herlaadt zijn wapen. Via het Oosterpark bereikt hij de Mauritskade. Daar ontstaat een vuurgevecht tussen de verdachte en de politie. De verdachte vuurt daarbij op sommige agenten kogels af. Anderen neemt hij onder schot zonder te vuren. Verdachte wordt uiteindelijk in zijn been getroffen en aangehouden.

De achtergronden van de betrokkenen waren als volgt. Het slachtoffer stond bekend om zijn kritische mening over de Islam en de weinig bedekte termen waarin hij deze uitte in zijn columns (bijvoorbeeld door het veelvuldig gebruik van het woord *geiten-neuker*). Samen met Hirsi Ali, een gewezen Somalische moslima, maakte hij de film

<sup>113</sup> Ook wel aangeduid als de zaak Van Gogh of als de zaak Bouyeri.

*Submission* waarin de ondergeschikte rol van de vrouw in de Islam aan de kaak werd gesteld.

De verdachte was een moslim. Uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid dat hij er tamelijk extremistische opvattingen op na hield. In zijn huis werden (zowel door hem vertaalde als door hem geschreven) teksten waarin werd opgeroepen tot de heilige oorlog alsmede een Islamitisch testament (waarin de verdachte zijn eigen dood als gevolg van het vervullen van zijn plicht jegens Allah aankondigde) gevonden. Zowel bij zijn aanhouding als tijdens het onderzoek ter terechtzitting geeft de verdachte aan dat het zijn bedoeling was om door de politie te worden doodgeschoten.

Toch was de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk niet evident. Dat de verdachte met deze moord de Nederlandse bevolking of een deel daarvan ernstige vrees wilde aanjagen, de Nederlandse overheid ergens toe wilde dwingen of bepaalde basisstructuren van Nederland ernstig wilde ontwrichten of wilde vernietigen, valt uit deze feiten niet af te leiden.

Men kan zich afvragen of een enkele moord überhaupt tot de verwezenlijking van één van deze oogmerken kan leiden. Die mogelijke verwezenlijking wordt door de wet uiteraard niet vereist, zij zal echter vaak van belang zijn om de intenties van de verdachte na te gaan. Wanneer de verdachte weet of geacht kan worden te weten dat een bepaald gevolg met zijn handelen niet kan worden bereikt, zal toch niet licht aangenomen kunnen worden dat zijn oogmerk juist op dit gevolg gericht was?

### **De officier van justitie**

De officier van justitie achtte desalniettemin dat de verdachte had gehandeld met het oogmerk de Nederlandse bevolking ernstige vrees aan te jagen en de fundamentele, politieke, constitutionele, economische en / of sociale structuur van Nederland ernstig te ontwrichten. In zijn requisitoir verwoordt hij de wijze waarop hij dat oordeel bereikt als volgt:

Met al deze geschriften, waarvan ik slechts een zeer beperkte selectie heb aangehaald, maakt de verdachte zijn oogmerk duidelijk. Met zijn handelingen op 2 november wilde hij de fundamentele, politieke, constitutionele, economische en/of sociale structuur van Nederland ernstig ontwrichten. Dat hij kon weten of beseffen dat hem dat niet in één dag zou lukken, doet hier niet aan af.

Ik acht derhalve bewezen dat de verdachte op 2 november 2004 gehandeld heeft met terroristisch oogmerk. Dat geldt niet alleen voor de moord op Van Gogh, maar evenzeer voor de poging tot moord op de beide omstanders. Deze poging is immers nauw verboden aan de moord op Theo van Gogh. De bedreiging van het kamerlid Hirsi Ali en de gevolgen daarvan zijn vrijwel inherent aan het terroristisch oogmerk. Zowel het aanjagen van vrees als de dwang op de Nederlands overheid vormen hier het oogmerk.

Ook geldt het terroristisch oogmerk voor het schieten op de politie. Het martelaarschap dat hij beoogde te bereiken is een onlosmakelijk onderdeel van de ideologie van de verdachte. Niet voor niets vertaalt hij het document "Het slagveld" waarin het martelaarschap wordt verheerlijkt en aan de martelaar een paradijselijk bestaan wordt geschonken. Volgens de deskundige Peters heeft de verdachte na de moord op Theo van Gogh bewust een nieuw slagveld gezocht. Op dit slagveld gaat hij vervolgens de confrontatie aan met de helpers van de rechtstaat die hij verfoeit. Ook Engin A., medege-detineerde van de verdachte in het Pieter Baan Centrum, verklaart dat de verdachte hem heeft verteld, dat hij de dood wilde voor de Jihad.

Dat het slagveld van de Mauritskade de mensen bang maakt lijkt mij duidelijk. Dat hij door de keuze van politiemensen als slachtoffer ook probeert de overheid te ontwrichten, lijkt mij evenzeer duidelijk. Derhalve ook een terroristisch oogmerk voor de feiten die betrekking hebben op het schieten op de politie.

De geciteerde overwegingen wekken de indruk dat de officier van justitie eerst vaststelt dat bij de verdachte een terroristisch oogmerk aanwezig kan worden verondersteld om dat oogmerk dan vervolgens te koppelen aan alle door de verdachte gepleegde misdrijven. De geschriften waarover de officier van justitie in de eerste zin van de geciteerde overwegingen spreekt, zijn de geschriften die bij de verdachte (aan zijn lichaam of in zijn huis) zijn gevonden. In die geschriften werd opgeroepen tot het doden van alle ongelovigen en in het bijzonder van hen die de profeet beledigden. Ook voorspelde de verdachte in één van de geschriften van zijn eigen hand dat de Nederlandse samenleving omver zou worden geworpen en plaats zou maken voor een Islamitische samenleving. Ook kondigde de verdachte aanslagen tegen de Nederlandse bevolking en regering aan in een brief die hij bij zich droeg op 2 november 2004. Op basis van deze geschriften heeft een deskundige de religieuze en ideologische ontwikkeling van de verdachte in kaart gebracht.

Dat de verdachte de bevolking van Nederland vrees aan wilde jagen en bepaalde fundamentele basisstructuren van de Nederlandse samenleving wilde ontwrichten zou dus blijken uit de ideologie van de verdachte die kan worden afgeleid uit de in zijn huis gevonden geschriften. Aan de juistheid van die stelling kan, gegeven de gebleken inhoud van die geschriften, nauwelijks worden getwijfeld. In algemene zin is het terroristisch oogmerk bij de verdachte dus zeker aanwezig. De officier van justitie lijkt nu te veronderstellen dat voor een veroordeling wegens terroristisch misdrijf een indirecte relatie tussen het misdrijf en het terroristisch oogmerk voldoende is. Dat geldt met name ten aanzien van het laatste gedeelte van de betreffende overwegingen, ten aanzien van het schieten op de politie derhalve.

De ideologie lijkt te fungeren als schakel tussen misdrijf en oogmerk. Dat de verdachte het functioneren van de Nederlandse overheid wilde frustreren door op de politie te schieten, blijkt nergens uit. De verdachte wilde dood. Dat de verdachte in algemene zin zeker tevreden zou zijn geweest als hij tevens het functioneren van een belangrijk staatsorgaan had weten te frustreren, betekent niet dat de verdachte dit doel ook nastreefde. Dat geldt te meer omdat geen enkel redelijk denkend mens kan verwachten dat het Nederlands politieapparaat ontwricht kan worden door elf (inclusief de bedreigingen) agenten dood te schieten. Die verwachting heeft de verdachte dan waarschijnlijk niet gehad. Met het schieten op de agenten heeft hij een dergelijke frustratie van de politieorganisatie dan dus ook niet nagestreefd.

Alhoewel de officier van justitie helemaal niet van een andere opvatting uitgaat (althans deze niet verdedigt<sup>114</sup>), is hij toch van mening dat deze feiten met een terroristisch oogmerk zijn begaan.

<sup>114</sup> Wat de officier van justitie precies verdedigt, blijft overigens onduidelijk. Dat hangt allereerst samen met het feit dat hij in de inmiddels bekende valkuil van het onderscheid tussen oogmerk waarmee het misdrijf werd begaan en de feitelijke gevolgen die het misdrijf heeft gehad, lijkt te trappen wanneer hij stelt dat duidelijk is dat mensen bang zijn van een slagveld. Ook andere stellingen van de officier van justitie zijn, vanwege het ontbreken van iedere argumentatie, onduidelijk. Dat de keuze voor politieagenten als slachtoffer meebrengt dat geprobeerd wordt de overheid

De gedachte is dan kennelijk dat als een bepaalde ideologie heeft geleid tot de wens om bepaalde basisstructuren te ontwrichten terwijl dezelfde ideologie de verdachte tot het begaan van het misdrijf heeft gebracht, de ideologie een voldoende krachtige bindende factor is. Het misdrijf is dan begaan met een terroristisch oogmerk, zelfs al is dit oogmerk in de uitvoering niet te herkennen en al mag als vaststaand worden aangenomen dat de verdachte een ander oogmerk nastreefde met deze handeling.

Dat een sterkere band tussen misdrijf en oogmerk feitelijk lijkt te ontbreken, hoopt de officier van justitie te ondervangen met zijn stelling in de eerste alinea dat het feit dat de verdachte zich realiseert dat hem dat niet in één dag gaat lukken aan het terroristisch oogmerk niet in de weg staat.

### **De rechtbank**

De rechtbank acht blijkens haar vonnis<sup>115</sup> de uitleg die en het bereik dat het openbaar ministerie op deze wijze aan het terroristisch oogmerk geeft te ruim. Naar haar oordeel heeft de officier van justitie teveel zaken redengevend geacht voor zijn oordeel dat verdachte met een terroristisch oogmerk gehandeld heeft.

De moord op Van Gogh en de bedreiging van Ayaan Hirschi Ali en de belemmering van haar werkzaamheden worden door de rechtbank als terroristische misdrijven aangemerkt. Het schieten op de agenten en de omstanders en de bedreiging van de agenten echter niet. Ook neemt de rechtbank een geheel andere houding in ten opzichte van de band tussen ideologie en oogmerk dan de officier van justitie. De aanwezigheid van het terroristisch oogmerk bij de moord op Van Gogh en de bedreiging en belemmering in haar werkzaamheden van Hirschi Ali motiveert de rechtbank als volgt.

Verdachte heeft ter zitting verklaard [slachtoffer] te hebben vermoord uit geloofsovertuiging. Dit sluit terroristisch oogmerk echter niet uit. Bij beantwoording van de vraag of er sprake is geweest van terroristisch oogmerk zijn de volgende omstandigheden van belang. De moord is gepleegd in een drukke straat, tijdens spitsuur, op een bekende Nederlander, en op een gruwelijke wijze. Daar komt bij dat op het lichaam een brief is achtergelaten met dreigende inhoud, niet alleen aan Tweede-Kamerlid [lid van de Staten-Generaal] maar ook aan geheel Nederland. Bovendien heeft verdachte, naar een getuige verklaart, aan een omstander op diens uitroep: “Dit kan toch niet, dit kan je toch niet maken” gereageerd met de mededeling: “Dat kan ik wel en dan weten jullie ook wat je te wachten staat.”

Al deze feiten tezamen genomen rechtvaardigen de conclusie dat verdachte welbewust heeft beoogd de Nederlandse bevolking vrees aan te jagen.

Dat het terroristisch oogmerk ten aanzien van de overige feiten niet bewezen kan worden, motiveert de rechtbank als volgt:

ten aanzien van het schieten op de politieagenten en de daarmee verbonden bedreigingen ligt dit anders. Weliswaar gebeurde dit ook in een drukke straat en tijdens spitsuur, maar de overige omstandigheden die hiervoor zijn opgesomd, ontbreken. Vast staat dat verdachte de agenten heeft beschoten om hen te doden en tevens te bewerkstelligen

---

te ontwrichten, lijkt tenminste erg kort door de bocht. De keuze voor politieagenten was gewoon gelegen in de gerechtvaardigde verwachting dat die terugschieten (de verdachte wilde immers sterven). De gemiddelde burger draagt geen wapen dus kan niet terugschieten. Van een werkelijk verlangen bij de verdachte om hiermee de werking van de overheid te ontwrichten, blijkt dus niets.

<sup>115</sup> Rb Amsterdam 26 juli 2005, LJN: AU0025.

dat zij op hem zouden terugschieten zodat hij als martelaar zou sterven. Hieruit blijkt echter onvoldoende het kennelijke doel de Nederlandse bevolking vrees aan te jagen.

Dit geldt ook ten aanzien van de poging tot moord op de twee omstanders in de Linnaeusstraat, [slachtoffer3] en [slachtoffer2]. Verdachte heeft zich – door met een pistool te schieten in een drukke straat – willens en wetens blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat een omstander dodelijk getroffen kan worden. Verdachte heeft die kans ook aanvaard en op de koop toe genomen. Onder deze omstandigheden kan niet gezegd worden dat verdachte [slachtoffer3] en [slachtoffer2] met terroristisch oogmerk probeerde te vermoorden.

De rechtbank acht het terroristisch oogmerk dus niet aanwezig dankzij maar ondanks de ideologie van de verdachte. Waar de officier van justitie de extremistische interpretatie van de Islam die de verdachte aanhangt van wezenlijk belang voor het bewijs van het terroristisch oogmerk acht, stelt de rechtbank dat de overtuigingen van de verdachte niet aan dat bewijs in de weg hoeven te staan. In haar vonnis eist zij een zeer directe relatie tussen misdrijf en oogmerk. Het misdrijf moet ter verwezenlijking van het oogmerk worden gepleegd. Het terroristisch oogmerk wordt door de rechtbank dan ook niet afgeleid uit de persoonlijkheid of de ideologie van de verdachte of uit de geschriften die hij bezat. Dat een verdachte in algemene zin (bij wijze van levensopvatting) een terroristisch oogmerk heeft, brengt niet mee dat de misdrijven die hij heeft begaan ook met dat oogmerk zijn begaan, ook niet wanneer misdrijf en oogmerk beide door dezelfde ideologie zijn ingegeven.

De rechtbank beoordeelt de verschillende misdrijven afzonderlijk en vraagt zich steeds af wat de verdachte beoogde met ieder concreet misdrijf. De wijze van uitvoering van het misdrijf wordt door de rechtbank redengevend geacht voor het oordeel dat de verdachte de Nederlandse bevolking ernstige vrees aan wilde jagen. Dat de verdachte de moord op Van Gogh en de bedreiging en belemmering in haar werkzaamheden van Hirschi Ali met een terroristisch oogmerk beging, leidt de rechtbank af uit dezelfde feiten en omstandigheden. Gezien de onderlinge band tussen die misdrijven (er was sprake van een enkel feitencomplex) was dat in zekere zin onvermijdelijk. Door het schieten op de omstanders (dat eveneens tot dit feitencomplex behoorde) niet als terroristische misdrijven aan te merken, toont de rechtbank aan voor ieder misdrijf een aparte toets gehanteerd te hebben. Verdachte heeft weliswaar met voorbedachten rade (voorwaardelijk) opzet op het overlijden van de omstanders gehad, deze feiten waren geen onderdeel van zijn terroristisch plan zo moet de rechtbank gedacht hebben. In de wijze waarop de verdachte de Nederlandse bevolking vrees aan wilde jagen was geen essentiële rol weggelegd voor het schieten op de omstanders.

### **Conclusie over beide opvattingen**

De benadering van de rechtbank komt mij als juist voor. De benadering van de officier van justitie kent mijns inziens een aantal zwakke plekken.

Allereerst betreft het dan de zwakke band tussen het gepleegde misdrijf en het terroristisch oogmerk door de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk uit zijn ideologie af te leiden. Hiervoor werd aandacht besteed aan de stelling van Van der Wilt dat het terroristisch oogmerk eigenlijk een motief is. Die stelling baseerde Van der Wilt op zijn conclusie dat de band tussen de terroristische misdrijven en de verschillende varianten van het terroristisch oogmerk erg zwak was.



Het terroristisch oogmerk zou niet als het naaste of onmiddellijke doel van de betreffende misdrijven hebben te gelden. Eerder zou het terroristisch oogmerk een verder gelegen doel zijn. Dit verder gelegen doel noemt Van der Wilt dan motief. Dit motief definieert hij als de *algemene, psychologische, politieke of economische drijfveer die de pleger tot het begaan van het delict beweegt*. In de meeste gevallen is dit motief niet af te leiden uit de uiterlijke verschijningsvorm. Tussen het motief en het misdrijf bestaat derhalve slechts een zwakke band. De stelling dat sprake is van een motief nu geen inherente band bestaat tussen het misdrijf en het terroristisch oogmerk werd in twee opzichten genuanceerd. Allereerst werd erop gewezen dat ook bij andere misdrijven die het bestanddeel oogmerk bevatten de uiterlijke verschijningsvorm niet altijd duidelijkheid verschaft over het oogmerk. Daarnaast werd gesteld dat het terroristisch oogmerk (in alle drie de verschijningsvormen) naar zijn aard (in de regel)<sup>116</sup> geen einddoel is. De drie varianten waarin het terroristisch oogmerk is omschreven maken duidelijk dat het een instrumenteel doel is dat in dienst staat van (of in ieder geval door de dader dienstbaar wordt geacht aan) het einddoel of motief. Dat motief zou in het geval van Mohammed B. bijvoorbeeld de vestiging van een Islamitisch staatsbestel kunnen zijn.

Wanneer nu, gelijk de officier lijkt te doen, de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk wordt afgeleid uit de ideologie of de geloofsovertuiging van de verdachte en aan de band tussen het concrete misdrijf en het precieze oogmerk waarmee dat werd gepleegd geen of weinig eisen worden gesteld, wordt het bestaan van het terroristisch oogmerk uit het motief afgeleid. De redenering is dan als volgt. Verdachte hangt een ideologie aan die oproept tot de verwezenlijking van het terroristisch oogmerk. Het leven van verdachte staat in het teken van deze ideologie. Alles wat hij doet, is dus gericht op die verwezenlijking. Als hij misdrijven begaat, zijn deze dus begaan met een terroristisch oogmerk.

Allereerst draagt deze redenering het gevaar in zich dat ook daden die los stonden van de ideologie van verdachte geacht worden vanuit die ideologie gepleegd te zijn. Maar ook als de verdachte inderdaad handelde ter verwezenlijking van een ideologisch denkbeeld is deze constructie te kort door de bocht. Met een dergelijke redenering wordt immers de mogelijkheid dat de verdachte handelde ter verwezenlijking van een onderdeel van zijn ideologie dat met het terroristisch oogmerk geen (direct) verband houdt (bijvoorbeeld martelaarschap) buiten beschouwing gelaten.

De verdachte wordt dan te veel en op onjuiste wijze vereenzelvigd met zijn ideologie en de strafverhoging wordt te veel op die ideologie gebaseerd. Dan kan ook niet langer worden volgehouden dat het bewijsrecht voor de meeste gevallen verzekert dat slechts die misdrijven die ook daadwerkelijk gericht zijn tegen de rechtsgoederen die de strafverzwaring van het terroristisch misdrijf beoogt te beschermen voor bestraffing als terroristisch misdrijf in aanmerking komen. Er wordt immers op geen enkele wijze geëist dat het terroristisch oogmerk blijkt uit de uiterlijke verschijningsvorm van het misdrijf. Dat lijkt toch wel heel sterk op strafverzwaring in verband met het motief in de zin van het verder gelegen doel. In ieder geval verschilt het daar niet principieel

<sup>116</sup> Naar de letter is niet uitgesloten dat het terroristisch oogmerk een einddoel is. Dat is in de gevallen waarvoor de WTM geschreven is meestal niet het geval. Bij het terroristisch oogmerk als einddoel kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een geestelijk gestoorde die er behagen in schept op grote schaal angst en paniek te zaaien en ter bevrediging van die behoefte een misdrijf pleegt. In een dergelijk geval is het oogmerk de bevolking ernstige vrees aan te jagen overigens tevens het naaste doel van die handeling.

van. Een dergelijke strafverhoging staat op gespannen voet met de uitgangspunten van ons daadgericht strafrecht.

Een tweede zwak punt in de benadering van de officier van justitie betreft zijn stelling dat de mogelijkheid van het besef dat het oogmerk niet in één dag kan worden verwezenlijkt aan de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk niet af hoeft te doen. In algemene zin behoeft deze stelling niet onjuist te zijn. Zij kan zelfs iets ruimer worden geformuleerd. Voor de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk zou niet vereist moeten zijn dat de dader denkt dat dit oogmerk met het enkele begaan van het betreffende misdrijf verwezenlijkt kan worden.

In twee opzichten is deze formulering ruimer dan die van de officier. Allereerst betreft dat het verschil tussen *kon weten of beseffen* en werkelijk weten of beseffen. Mijns inziens kan het oogmerk ook aanwezig zijn wanneer de dader feitelijk weet dat het enkele misdrijf niet tot de verwezenlijking ervan zal kunnen leiden. Daarnaast is de formulering ruimer in die zin dat ook andere aanvullingen dan meer tijd door de dader nodig geacht kunnen worden. Voorwaarde blijft immers dat de dader overtuigd is van de mogelijkheid dat het oogmerk wordt verwezenlijkt en dat hij daaraan bijdraagt.

Twee voorbeelden kunnen dit verduidelijken. Het eerste sluit aan op de formulering van de officier van justitie. Stel dat een verdachte ter verwezenlijking van het oogmerk om de constitutionele of politieke basisstructuur van Nederland te ontwrichten binnen een periode van enkele weken alle ambtenaren van het ministerie van binnenlandse zaken één voor één van het leven wil beroven. Als hij op de eerste dag van zijn campagne één of enkele ambtenaren doodt, zal hij waarschijnlijk beseffen dat zijn oogmerk daarmee niet verwezenlijkt is of had kunnen worden. Dat lijkt evenwel onvoldoende reden om het terroristisch oogmerk dan maar niet aanwezig te achten.

Een tweede voorbeeld betreft het geval dat ter verwezenlijking van het oogmerk gelijktijdig op verschillende plaatsen door verschillende daders ambtenaren van het ministerie van binnenlandse zaken worden vermoord. Ook hier zal geen der daders werkelijk verwachten dat door zijn daad het oogmerk wordt verwezenlijkt. De verwezenlijking zullen zij immers mede afhankelijk achten van de misdrijven die anderen plegen. In dit geval wordt de verwezenlijking van het oogmerk door de dader wel in één dag mogelijk geacht maar acht hij de verwezenlijking door hem alleen niet mogelijk. Ook in dit geval bestaat er mijns inziens geen reden de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk uit te sluiten. Dat betekent evenwel niet dat het antwoord op de vraag of de dader werkelijk gelooft of hij met zijn daad het terroristisch oogmerk kan verwezenlijken geen rol speelt. De eis dat de dader zelf gelooft dat het terroristisch oogmerk kan worden verwezenlijkt, moet onverkort blijven gelden. Zonder een dergelijk geloof is het oogmerk als oogmerk waarmee het misdrijf gepleegd wordt immers niet bestaanbaar.

Weliswaar is denkbaar dat de dader het terroristisch oogmerk heeft en een misdrijf pleegt waarmee hij dat oogmerk niet denkt te kunnen verwezenlijken (of aan die verwezenlijking verwacht te kunnen bijdragen), dan kan echter niet gezegd worden dat de dader dat misdrijf met dat oogmerk pleegde. Het verband bestaat dan niet direct maar moet met verbindende schakels (zoals de geloofsovertuiging) worden gecreëerd. Een dergelijke band is te zwak om vol te kunnen houden dat dát misdrijf met dat oogmerk werd gepleegd.

In gevallen als hier beschreven betekent het voorgaande dat voor een veroordeling wegens terroristisch misdrijf tenminste vereist is dat de dader zijn daad ziet als een belangrijk onderdeel van een groter, concreet en vaststaand, geheel van misdrijven dat wel degelijk tot verwezenlijking van het oogmerk zou kunnen en moeten leiden.

De, op zich dus niet onjuiste, stelling van de officier van justitie omtrent de irrelevantie van het besef dat het oogmerk niet in één dag kan worden verwezenlijkt, is in deze zaak enigszins ridicuul. De verdachte was er immers heilig van overtuigd dat deze dag zijn laatste zou zijn. De eventuele verwezenlijking van het vermeende oogmerk op een andere dag zou hij niet meer meemaken, laat staan dat hij die verwezenlijking zou bewerkstelligen. Ware dit anders dan zou, blijktens het voorgaande, concreet aangegeven moeten worden hoe de verdachte zich die verwezenlijking voorstelde.

Dat bij de verdachte thuis documenten zijn aangetroffen waaruit zou kunnen worden afgeleid dat hij ervan overtuigd was (of is) dat het Nederlandse staatsbestel (spoedig) omver wordt geworpen om vervangen te worden door een Islamitisch bestel en dat hij hoopte dat anderen zijn voorbeeld zullen volgen is daartoe mijns inziens onvoldoende. Die verwachting en hoop steunden op onvoldoende feitelijke gegevens om aan te nemen dat een tamelijk intelligente jongen verwachtte met zijn misdrijven daaraan een reële bijdrage te leveren. Alleen wanneer bij de verdachte een concreet beeld bestaat over de wijze waarop het oogmerk verwezenlijkt moet worden en de verdachte een misdrijf heeft gepleegd dat aan de totstandkoming van dat beeld een wezenlijke bijdrage kan leveren, kan worden gezegd dat het misdrijf werd gepleegd met een terroristisch oogmerk.

Bewezenverklaring van het terroristisch oogmerk zou er anders toe kunnen leiden dat alsnog op grond van de ideologie of geloofsopvatting van de verdachte wordt geconcludeerd tot de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk.

### 2.2.2.3 Afsluiting

De overige zaken waarin veroordeling wegens terroristisch misdrijf op grond van het feit dat de betreffende misdrijven zijn begaan met het oogmerk om (een deel van) de Nederlandse bevolking vrees aan te jagen, voegen in dit opzicht aan de zaak Mohammed B. weinig toe en moeten nog in hoger beroep worden behandeld.<sup>117</sup>

Uit de hiervoor besproken parlementaire discussie en de zaak Mohammed B. kan worden afgeleid dat de aanwezigheid van het oogmerk om (een deel van) de bevolking ernstige vrees aan te jagen, moet worden afgeleid uit de wijze waarop het misdrijf werd gepleegd en uit de aantoonbare bedoelingen die de verdachte met het plegen van dat misdrijf had. De gelijktijdigheid van de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk in algemene zin en het plegen van een ernstig misdrijf volstaat niet voor een veroordeling wegens terroristisch misdrijf. Het misdrijf moet zijn begaan ter verwezenlijking van dat oogmerk. Deze eis vormt in zekere zin een garantie tegen strafrechtelijke veroordelingen op basis van de aanwezigheid van een bepaald motief.

Terecht eist art. 83a Sr voor de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk niet dat het oogmerk om ernstige vrees aan te jagen dat de dader de bedoeling heeft om de

<sup>117</sup> Compilatie van vonnissen in de zaak van veertien verdachten van de zogenaamde Hofstadgroep, Rb Rotterdam (nevenvestigingsplaats 's-Gravenhage, zitting houdende te Amsterdam), 10 maart 2006, LJN: AV5108; Rb Rotterdam, 1 december 2006, LJN: AZ3589 (Piranha).

gehele bevolking van een land ernstige vrees aan te jagen. Die bedoeling kan ook betrekking hebben op een gedeelte van de bevolking. Hoe groot dat gedeelte dan moet zijn, kan niet met zekerheid worden gezegd. Tijdens de behandeling van het voorstel voor de WTM bleek dat volgens de minister tenminste sprake moest zijn van de gezamenlijke inwoners van een bepaalde streek. Verschillende parlementariërs stonden een ruimere invulling, waarin bijvoorbeeld ook een beroepsgroep als deel der bevolking moet worden aangemerkt, voor.

Hieronder zullen nu de twee andere varianten van het terroristisch oogmerk in meer detail besproken worden.

### 2.2.3 Oogmerk om een overheid wederrechtelijk te dwingen

De tweede variant van het terroristisch oogmerk betreft het *oogmerk om een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden*. In het navolgende zal dieper worden ingegaan op verschillende onderdelen van deze tweede variant. Het betreft dan achtereenvolgens de betekenis van *dwingen*, de invulling van het oogmerk op de wederrechtelijkheid, de voorwaarden waaronder een enkele persoon kan worden aangemerkt als *overheid* en de zelfstandige betekenis van *dulden* naast doen of niet doen.

De memorie van toelichting merkt over de tweede variant van het terroristisch oogmerk op dat bewust aansluiting is gezocht bij de omschrijving van art. 284 Sr.<sup>118</sup> Dat misdrijf bestaat in het maken van inbreuk op iemands vrijheid ten aanzien van het verrichten of nalaten van bepaalde handelingen.<sup>119</sup> De bepaling bedreigt verschillende gedragingen met straf indien de dader daardoor een ander *wederrechtelijk dwingt iets te doen, niet te doen of te dulden*. Een opvallend verschil met de tweede variant betreft het feit dat het bij art. 284 Sr gaat om feitelijk dwingen terwijl voor de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk de bedoeling daartoe volstaat. Voor zover dit verschil geen verschil in betekenis behoeft te betekenen, kan de betekenis van de verschillende onderdelen van art. 284 Sr een rol spelen bij de uitleg van art. 83a Sr.

#### 2.2.3.1 Dwingen

De uitdrukking *dwingen* veronderstelt dat iemand (in geval van art. 83a Sr een overheid of internationale organisatie) *zonder het dwangmiddel dat op hem is toegepast niet zou hebben gehandeld of nagelaten, althans niet op het ogenblik waarop en in de omstandigheden waaronder hij thans gehandeld of niet gehandeld heeft*.<sup>120</sup> Voor zover dat in de geciteerde bewoordingen niet besloten ligt, kan men daar mijns inziens *de wijze waarop thans gehandeld is* aan toevoegen. In die termen zal dan ook de betreffende variant van het terroristisch oogmerk moeten worden uitgelegd. Dat zou dan mogelijk ook kunnen gelden voor het later (na de totstandkoming van de memorie van toelichting) aan dit onderdeel van het terroristisch oogmerk toegevoegde *wederrechtelijk* dat ook in art. 284 Sr voorkomt. Daar betekent<sup>121</sup> *wederrechtelijk zonder bevoegdheid*.<sup>122</sup>

<sup>118</sup> TK 2002–2003, 28463, nr. 3, p. 3.

<sup>119</sup> Noyon, Langemeijer, Rammelink, o.c., aant. 1a bij art. 284 Sr.

<sup>120</sup> Noyon, Langemeijer, Rammelink, o.c., aant. 3 bij art. 179 Sr.

<sup>121</sup> Mijns inziens betekent wederrechtelijk, zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, steeds *in strijd met het objectieve recht*. De concrete invulling van *wederrechtelijk* op bestandsdeelniveau (de bewijsvraag) verschilt evenwel per delict.

<sup>122</sup> Noyon, Langemeijer, Rammelink, o.c., aant. 2 bij art. 284 Sr.

De bevoegdheid de overheid te dwingen kan voortvloeien uit de (Grond)wet (de overheid kan gedwongen worden te dulden dat burgers tegen haar beleid betogen), het fatsoen dat van een overheid in een democratische rechtsstaat in de richting van haar burgers verwacht mag worden (burgers mogen een overheid dwingen naar hun eisen te luisteren), een rechterlijke uitspraak (na schorsing of opheffing van de voorlopige hechtenis mag de verdachte burger de overheid dwingen hem in vrijheid te stellen) maar ook een civielrechtelijke verplichting (de burger mag de overheid dwingen een verplichting tot schadevergoeding na te komen). Dergelijke vormen van dwingen zijn in het kader van art. 83a Sr evenwel niet goed denkbaar.

### 2.2.3.2 Wederrechtelijk

De betekenis van de onderhavige variant van het terroristisch oogmerk is uiteraard mede afhankelijk van de invulling die men kiest voor het oogmerk op de wederrechtelijkheid bij deze variant van het terroristisch oogmerk.

#### Drie interpretaties

Hiervoor, in paragraaf 2.2.1.2, werden drie mogelijke invullingen voor het oogmerk om wederrechtelijk te dwingen beschreven. De eerste kwam erop neer dat de wederrechtelijkheid van het dwingen werd geobjectiveerd. De tweede bestond erin dat de gesubjectieerde wederrechtelijkheid werd ingevuld door het gepleegde misdrijf. Beide varianten leiden tot dezelfde uitkomst. Wie door middel van (bedreiging met) een ernstig (gewelds)misdrijf een overheid of internationale organisatie wil brengen tot het creëren, laten ontstaan of laten voortbestaan van een bepaalde situatie waar zij zelf onder de gegeven omstandigheden niet voor gekozen zou hebben, handelt met het vereiste oogmerk. In de eerste oplossing is aan het vereiste oogmerk voldaan omdat daar volstaat dat het dwingen wederrechtelijk is. In de tweede invulling is aan het vereiste voldaan omdat het oogmerk om door misdrijf te dwingen het oogmerk van wederrechtelijk dwingen inhoudt. De derde invulling betrof het oogmerk op de *facet-wederrechtelijkheid*. Die invulling leidt tot een subtiel en op het eerste gezicht sympathiek additioneel vereiste. Vereist voor de wederrechtelijkheid is dan dat het objectieve positieve recht de dader geen aanspraak geeft op hetgeen waartoe hij de overheid tracht te dwingen dan wel dat de wijze waarop dat dwingen plaatsvindt niet voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Alleen dan kan immers gezegd worden dat voor het dwingen geen bevoegdheid bestaat. Indien de wederrechtelijkheid daarbij door het oogmerk wordt gesubjectieerd is tevens van belang dat de dader weet dat het objectieve recht hem niet toelaat de overheid op deze wijze daartoe te dwingen.

#### De derde interpretatie

De eis dat het oogmerk van de dader op de wederrechtelijkheid betrekking moet hebben brengt mee dat hij wist dat zijn aanspraak geen steun vindt in het recht dan wel dat zijn gewelddadig optreden niet voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.<sup>123</sup> Het stellen van dit soort vereisten kan een precare aangelegenheid vormen.

<sup>123</sup> Het komt mij voor dat het oogmerk op de wederrechtelijkheid bestaat waar zekerheidsbewustzijn van die wederrechtelijkheid bestaat. Doelgerichtheid op die wederrechtelijkheid lijkt een te zware eis. Ongewenste consequentie is wel dat hetzelfde woord oogmerk in art. 83a Sr een verschillende betekenis zou kunnen hebben al naar gelang het bestanddeel dat daarop volgt. Hiervoor bleek immers dat voor het oogmerk om de bevolking ernstige vrees aan te jagen waarschijnlijk wel doelgerichtheid vereist is.

Met name in het volkenrecht kunnen nog al eens vage noties worden gevonden die positiefrechtelijke aanspraken (lijken te) bieden.

Te denken valt bijvoorbeeld aan de Palestijn die stelt dat hij het misdrijf pleegde om Israël te dwingen een einde te maken aan de bezetting die inbreuk maakt op het zelfbeschikkingsrecht van het Palestijnse volk. Over de juistheid van de claim dat de Israëlische bezetting inbreuk maakt op enig recht zou men kunnen twisten.<sup>124</sup> Dat deze Palestijn heilig overtuigd is van het feit dat het internationaal recht hem deze aanspraak biedt en van het feit dat slechts de politieke onwil van bepaalde staten om aan de effectivering van deze aanspraak mee te werken de bezetting doet voortduren, lijkt niet te bestrijden. In de derde invulling van het oogmerk van wederrechtelijkheid zou hij dan alleen wegens terroristisch misdrijf veroordeeld kunnen worden indien bewezen wordt dat hij zich realiseerde dat hij de Israëlische regering ook op een minder ingrijpende wijze had kunnen dwingen of dat hij zich realiseerde dat het gepleegde feit niet in een redelijke verhouding stond tot het daarmee nagestreefde doel.

Daarbij kan een tweetal zaken overigens niet voldoende benadrukt worden. Allereerst betreft dat de opmerking dat het feit dat de dader meende dat voor zijn claim en de wijze waarop hij die kracht bijzette steun in het recht te vinden is slechts belang heeft ten aanzien van het oogmerk om een overheid of internationale organisatie ergens toe te dwingen. Ongeacht de rechtvaardiging en ongeacht de juridische gronden voor de verdergelegen doelen van de dader(s) zal sprake zijn van een terroristisch misdrijf wanneer een misdrijf dat volgens art. 83 Sr als terroristisch misdrijf kan worden gepleegd, wordt gepleegd met het oogmerk om (een deel van) de bevolking ernstige vrees aan te jagen of bepaalde fundamentele structuren van een land of internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen. Daarnaast mag niet uit het oog verloren worden dat de vaststelling dat de dader(s) meende(n) dat zij een gerechtvaardigde eis stelde(n) aan de betreffende overheid of internationale organisatie en dat van een terroristisch oogmerk dus geen sprake was niet meebrengt dat de betreffende misdrijven niet zouden kunnen worden bestraft. Dat geen sprake kan zijn van een terroristisch misdrijf brengt immers geenszins mee dat geen sprake kan zijn van een gewoon misdrijf. Het feit dat de derde interpretatie van wederrechtelijk in art. 83a Sr wellicht een beperkter bereik geeft aan het terroristisch oogmerk betekent dus zeer zeker niet dat de dader niet kan worden bestraft indien hij niet met een terroristisch oogmerk handelt.

#### *Voordeel van de derde interpretatie*

Op het eerste gezicht moge het zeer sympathiek lijken om te garanderen dat personen wier geweldplegingen slechts gericht zijn tegen het beëindigen van onrechtmatige en / of onderdrukkende situaties die door overheden, met inbegrip van of wellicht bij uitsteking door dictatoriale regimes, in het leven worden geroepen of in stand worden gelaten niet worden bestraft als terroristen. De negatieve connotatie van het begrip terrorisme zou daardoor een plaats krijgen in de strafbaarstelling van het terroristisch misdrijf voor zover het gaat om misdrijven die bedoeld zijn om een overheid onder druk te zetten.

<sup>124</sup> Zie over het zelfbeschikkingsrecht van volkeren en de omstandigheden waaronder dat recht volgens internationaal recht door een vrijheidstrijd mag worden gerealiseerd: P. Malanczuk, Akehurst's Modern Introduction to International Law, 7<sup>th</sup> edition, Routledge London, 1997, p. 326-337.

Daarmee sluit de strafbaarstelling aan op de betekenis die het begrip terrorisme heeft in het gewone spraakgebruik als niet te rechtvaardigen vorm van politiek geweld. Ook in resoluties van de Algemene Vergadering van de VN wordt terrorisme veroordeeld als fenomeen dat nimmer kan worden gerechtvaardigd.<sup>125</sup> Alhoewel in de sociaal wetenschappelijke literatuur geen eenstemmigheid bestaat over het antwoord op de vraag of omschrijvingen van terrorisme normatief of descriptief moet zijn<sup>126</sup>, wordt als voornaamste oorzaak van de moeilijkheid in het bereiken van eenstemmigheid over de definitie toch de negatieve connotatie van het begrip genoemd.<sup>127</sup> Ook voor bepaalde internationaalrechtelijke problemen kan op deze wijze een oplossing worden gevonden. Daarbij valt met name te denken aan geweld door staten dat wordt uitgeoefend om andere staten te dwingen om (veronderstelde) schendingen van het internationaal recht te beëindigen. Bij dergelijke schendingen valt met name te denken aan de productie van massavernietigingswapens<sup>128</sup>, het onderdrukken of zelfs uitroeien van bepaalde bevolkingsgroepen<sup>129</sup> of het steunen van het internationaal terrorisme<sup>130</sup>. Dergelijke geweld daden zullen lang niet altijd in overeenstemming zijn met het internationaal recht, met name wanneer goedkeuring daarvan door de Veiligheidsraad van de VN ontbreekt. Alhoewel vervolging van vreemde staten of militairen wegens terroristisch misdrijf in dergelijke gevallen nauwelijks denkbaar lijkt, is de vraag of en zo ja onder welke omstandigheden deze gewelddaden als terroristische misdrijven kunnen worden aangemerkt een interessante. Daarbij lijkt het antwoord op de vraag of de geweldplegende staat meent dat de activiteit waarvan het staken wordt gevorderd strijdig is met het internationaal recht een bruikbaar criterium.

Er zijn dus zeker argumenten om die negatieve connotatie tot uitdrukking te brengen in de omschrijving van het terroristisch oogmerk in de WTM.

### *Nadeel van de derde interpretatie*

De hier beschreven interpretatie van het bestanddeel oogmerk om een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk te dwingen is echter niet zonder complicaties. In twee opzichten is sprake van een zekere willekeur.

Allereerst betreft dat het feit dat de vraag of de aanspraken van de dader(s) door het (internationaal) recht erkend worden slechts in verband met het dwingen van een overheid of internationale organisatie op bestanddeelniveau een rol speelt. Dat beantwoording van deze vraag bij het oogmerk om (een deel van) de bevolking ernstige vrees aan te jagen geen rol speelt, kan nog wel worden gerechtvaardigd. De bevolking (als geheel van individuele burgers) zal in het betreffende conflict geen partij zijn.

Dat de legitimiteit van de eisen bij het oogmerk om bepaalde basisstructuren van een land of internationale organisatie te vernietigen of ernstig te ontwrichten geen rol

<sup>125</sup> Zie bijvoorbeeld A / RES / 50 / 53 (1996), A / RES / 51 / 210 (1997) en A / RES / 52 / 165 (1998).

<sup>126</sup> Crenshaw, Introduction: Reflections on the Effects of Terrorism, o.c., p. 1-5; A.P. Schmid, A.J. Jongman et al., Political terrorism, A new guide to actors, authors, concepts, data bases, theories and literature, Transaction Books, New Brunswick, 1988, p. 25-28.

<sup>127</sup> Hoffman, Inside Terrorism, o.c., p. 28-33; Muller, Spaaij en Ruitenbergh, Trends in terrorisme, o.c., p. 2; V.d. Wilt, Het terroristisch oogmerk, o.c., p. 57.

<sup>128</sup> Om deze reden vielen de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk in 2003 Irak binnen.

<sup>129</sup> Om deze reden voerde de NAVO in 1999 luchtaanvallen uit op Joegoslavië.

<sup>130</sup> Om deze reden werd het Talibanregime in Afghanistan door de Verenigde Staten en hun bondgenoten ten val gebracht in 2001. Deze reden speelde bij de invasie in Irak in 2003 ook een rol.

speelt, valt evenwel niet te verdedigen. Als de eis dat het dwingen waar het oogmerk betrekking op heeft wederrechtelijk moet zijn, bedoelt te verzekeren dat het gewelddadig nastreven van gelegitimeerde eisen geen terroristisch misdrijf moet kunnen opleveren, zou het voor de hand liggen deze zelfde eis te stellen bij het oogmerk van ontwrichting of vernietiging van bepaalde basisstructuren. Het oogmerk om een dictatoriaal of racistisch regime omver te werpen is niet minder gelegitimeerd dan het oogmerk om de overheid te dwingen tot iets waartoe zij juridisch verplicht is. De tekst van art. 83a Sr biedt echter geen enkel aanknopingspunt voor het aanleggen van een dergelijke normatieve maatstaf ten aanzien van het oogmerk om bepaalde basisstructuren te ontwrichten of te vernietigen. Dat pleit er om redenen van interne consistentie van art. 83a Sr dan ook tegen een dergelijke maatstaf wel aan te leggen voor het oogmerk om een overheid of internationale organisatie ergens toe te dwingen.

Een tweede opzicht waarin de betreffende uitleg van wederrechtelijk in art. 83a Sr willekeurig uitwerkt, betreft de exclusieve gerichtheid op de overtuiging van juridische gegrondheid van de eis. Wie zich terdege realiseert dat zijn eis (nog) geen steun vindt in het recht maar juist eist dat een overheid of internationale organisatie uit fatsoen of omwille van een hogere moraliteit handelt of nalaat, komt geen beroep op het ontbreken van het oogmerk om wederrechtelijk te dwingen toe.

Juist bij de actiegroepen die de wetgever door invoeging van het woord wederrechtelijk buiten het bereik van de WTM heeft willen houden, gaat het vaak om dergelijke morele of fatsoenseisen.<sup>131</sup> Met harde juridische aanspraken melden dergelijke groeperingen zich doorgaans bij de rechter. Uitbreiding van de *bevoegdheid tot dwingen* tot morele of fatsoensnormen biedt echter geen soelaas omdat dan het terroristisch oogmerk niet meer bewezen zal kunnen worden zodra de dader zelf gelooft dat hij conform een hogere moraliteit handelde. Dat zal bij terroristische misdrijven vaak het geval zijn. De invoeging van *wederrechtelijk* in art. 83a Sr bij deze interpretatie heeft dus tot gevolg dat zeer fragmentarisch normatieve elementen in het terroristisch oogmerk worden ingebracht.

Juridische rechtvaardigingen ten aanzien van de twee andere varianten van het terroristisch oogmerk alsmede niet-juridische appels ten aanzien van alle drie de varianten van het terroristisch oogmerk kunnen alleen langs de weg van de rechtvaardigingsgronden en (voor zover de dader ten onrechte een rechtvaardigingsgrond aanwezig achtte<sup>132</sup> langs de weg van) de schulditsluitingsgronden aan de orde komen. Die hebben echter een alles of niets karakter. Indien geen rechtvaardigings- of schulditsluitingsgrond aanwezig is, is ongeacht de overtuiging van de dader omtrent de objectiefrechtelijke legitimatie van zijn optreden sprake van een terroristisch misdrijf. Indien het beroep op de strafuitsluitingsgrond slaagt, is zijn optreden geheel en al straffeloos. Ten aanzien van het oogmerk om een overheid of internationale organisatie te dwingen, is een derde

<sup>131</sup> Eisen met betrekking tot bijvoorbeeld werk en inkomen, internationale (handels)politiek, ontwapening en de bescherming van lucht, zee, flora en fauna zijn zelden terug te voeren op harde juridische aanspraken.

<sup>132</sup> Rammelink wijst erop dat overtuigingsdaders geen beroep op rechtsdwaling kunnen doen omdat zij daartoe eerst hun ongelijk zouden moeten erkennen (Rammelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, o.c., p. 387). De juistheid van deze stelling laat evenwel onverlet dat de rechter een beroep op een rechtvaardigingsgrond in dit verband kan verwerpen en vervolgens ambtshalve tot de conclusie kan komen dat de verdachte omtrent het toepasselijke recht heeft gedwaald.



variant denkbaar. Als de dader overtuigd was van de juridische legitimiteit van zijn optreden dient hij van het terroristisch misdrijf te worden vrijgesproken. Als gezegd brengt dit geenszins per definitie mee dat niet voor het commune misdrijf kan worden gestraft.

### Afsluiting

Alhoewel de hiervoor beschreven bezwaren niet per definitie aan de uitleg van wederrechtelijk als *zonder bevoegdheid* in art. 83a Sr in de weg hoeven te staan, komt het mij voor dat deze uitleg bij nader inzien wellicht minder geslaagd is.

Zo lijkt het zeer onwaarschijnlijk dat de wetgever het oog heeft gehad op de hier geconstateerde innerlijk tegenstrijdige toepassing van art. 83a Sr die deze uitleg met zich mee zou brengen. Die innerlijke tegenstrijdigheid zou ook licht tot verwarring en een onjuiste toepassing van art. 83a Sr kunnen leiden. Naar het mij voorkomt zou dan ook gekozen moeten worden voor een uitleg van het oogmerk *om een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk te dwingen* waarbij de eis van het oogmerk op de wederrechtelijkheid zo min mogelijk zelfstandige betekenis heeft.

De wederrechtelijkheid zou moeten worden ingevuld aan de hand van het gepleegde misdrijf. Wanneer bewezen is dat de dader de overheid door middel van een misdrijf heeft willen dwingen dan kan tevens bewezen verklaard worden dat het oogmerk van de dader gericht was op het wederrechtelijk dwingen van die overheid. Die wederrechtelijkheid zou dan in ieder geval in zoverre geobjectiveerd moeten worden dat wetenschap van die wederrechtelijkheid bij de dader volstaat om het oogmerk op die wederrechtelijkheid bewezen te achten. Tegen een verdergaande objectivering bestaan overigens weinig bezwaren.

### 2.2.3.3 Overheid

Duidelijk is dat *een overheid* in art. 83a Sr ruim moet worden verstaan. Hiervoor bleek immers al dat daaronder volgens de memorie van toelichting in ieder geval tevens buitenlandse en lagere overheden onder moeten worden verstaan. In de onderhavige paragraaf zal de beantwoording van twee vragen plaatsvinden. Het gaat daarbij om de vraag welke organen wel en welke organen niet als overheid in de zin van art. 83a Sr moeten worden aangemerkt en om de vraag onder welke omstandigheden een enkele persoon in de zin van art. 83a Sr kan worden aangemerkt als overheid. De beantwoording van beide vragen zal enigszins vervlochten zijn.

Over de mate waarin het door middel van een misdrijf als bedoeld in art. 83 Sr trachten te dwingen van een enkele functionaris of een enkel lid van een college als het oogmerk om de overheid waarvan deze persoon deel uitmaakt te dwingen kan worden aangemerkt bestaat geen duidelijkheid. De nota naar aanleiding van het verslag maakt duidelijk dat zeker niet op voorhand kan worden uitgesloten dat de bedoeling om een enkele functionaris of een enkel collegelid te beïnvloeden kan worden aangemerkt als het oogmerk om een overheid te dwingen.

Als het misdrijf waarmee gedreigd wordt een misdrijf tegen een enkele persoon behelst, zal het terroristisch oogmerk niet snel bewezen kunnen worden, omdat van een dergelijk misdrijf niet snel gezegd zal kunnen worden dat een deel van de bevolking daardoor ernstige vrees wordt aangejaagd. Een uitzondering is vooral voorstelbaar bij

personen die onderdeel uitmaken van de regering of de Staten-Generaal, omdat in dat geval het oogmerk om een overheid te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden in beeld kan komen.<sup>133</sup>

### Voorwaarden

Over de voorwaarden waaronder het oogmerk om een bepaald persoon ergens toe te dwingen het oogmerk om een overheid te dwingen oplevert, levert het citaat geen duidelijkheid.

Hiervoor kwam aan de orde dat van dwingen in de zin van art. 284 Sr en, in navolging daarvan, art. 83a Sr sprake is als de gedwongene handelt op een wijze of op een moment waarop hij dat zonder de uitgeoefende dwang niet zou hebben gedaan. In dit verband moet het daarbij gaan om handelen door *een overheid*. Dat brengt mijns inziens mee dat het in ieder geval gaat om het dagelijks bestuur en de vertegenwoordigende organen van de staat, provincies, gemeenten en waterschappen. Bij handelingen die door die organen worden verricht, kan dan bijvoorbeeld worden gedacht aan wetgeving door de regering en de beide Kamers der Staten-Generaal. Wanneer het oogmerk van de dader erop gericht is dwang op het (niet) verrichten van een dergelijke handeling uit te oefenen, handelt hij zonder meer met een terroristisch oogmerk. Ook overheidsorganen die niet direct volledig onderworpen zijn aan het gezag van het dagelijks bestuur of vertegenwoordigend orgaan van een openbaar lichaam kunnen een overheid zijn in de zin van art. 83a Sr wanneer zij een klassieke overheidsstaak verrichten. Daarbij kan worden gedacht aan het openbaar ministerie of de zittende magistratuur.

Samenvattend zou dan kunnen worden gesteld dat de drie klassieke *machten* (wetgeving, bestuur en rechtspraak) invulling geven aan het begrip *overheid* in art. 83a Sr. Dat brengt mee dat dé overheid in sommige gevallen niet als *een overheid* in de zin van art. 83a Sr kan worden aangemerkt. Hierbij valt te denken aan situaties waarin de overheid als werkgever (ongeacht het antwoordt op de vraag of sprake is van een publiekrechtelijke aanstelling of een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst) optreedt. De ambtenaar die een arbeidsrechtelijk geschil door middel van een ernstig geweldsdelict in zijn voordeel wil beslechten, begaat daarmee, ongeacht hoe strafbaar hij uit anderen hoofde zijn moge, geen terroristisch misdrijf. Alleen wanneer het oogmerk van de dader gericht is op het dwingen van een orgaan dat een wezenlijke functie heeft ten aanzien van één van de drie kernactiviteiten van de staat en het dwingen tevens op deze taak betrekking heeft, zou sprake moeten zijn van het oogmerk een overheid als bedoeld in art. 83a Sr tot iets te dwingen. Dat brengt dan bijvoorbeeld mee dat ook het eisen van losgeld bij een ontvoering niet als het oogmerk om een overheid te dwingen kan worden aangemerkt, ongeacht aan wie die eis gesteld wordt.

### Rechtvaardiging voorwaarden

Deze dubbele (de plaats van het orgaan in de overheidsorganisatie en de aard van de handeling waar het beoogde dwingen betrekking op heeft) beperking volgt noch uit de parlementaire stukken bij het voorstel voor de WTM, noch uit literatuur of rechtspraak over de WTM. Voor het stellen ervan bestaat dan ook geen andere reden dan dat de redelijkheid dat stellen lijkt te vorderen.

---

<sup>133</sup> TK 2002–2003, 28463, nr. 6, p. 7.

Zaken die niet direct verband houden met de drie kerntaken van de overheid zouden mijns inziens niet met het terroristisch oogmerk in verband gebracht mogen worden. Allereerst volgt dat uit het beeld dat bij terrorisme past. Ten aanzien van de ambtenaar die zijn arbeidsconflict met zwaar geweld op wil lossen, lijkt dat ook nauwelijks voor discussie vatbaar. Over het eisen van losgeld in geval van een ontvoering zal meer discussie mogelijk zijn. Dat geval is ook minder duidelijk.

Met name wanneer het gaat om een groepering die (tevens) terroristische misdrijven pleegt en waarvan mag worden aangenomen dat zij het losgeld zal aanwenden om terroristische misdrijven te plegen, zal waarschijnlijk brede steun te vinden zijn voor het standpunt dat sprake is van terrorisme en dus van een terroristisch misdrijf in de zin van de art. 83 en 83a Sr. Het probleem is evenwel dat de art. 83 en 83a Sr geen enkel aanknopingspunt bevatten om die omstandigheden in de definitie van het terroristisch misdrijf te verdisconteren. Ook het geval van de eenling die 'slechts' zich zelf wil verrijken en totaal niet geïnteresseerd is in het zaaien van angst of het ontwrichten van of schade toebrengen aan enige samenleving zou dan binnen het bereik van de WTM komen. Toepassing van de WTM is dan misplaatst. Daar komt bij dat de leden van de terroristische groepering die de ontvoering voor losgeld planden, uitvoerden of faciliteerden in de regel wel degelijk wegens terroristisch misdrijf kunnen worden vervolgd. Naast hun rol in de ontvoering en eventuele echte terroristische misdrijven waarbij zij betrokken waren, zullen zij meestal kunnen worden veroordeeld wegens deelneming aan een terroristische organisatie. Dat resultaat lijkt ook goed te verdedigen. Niet ieder misdrijf dat door een terroristische organisatie wordt gepleegd, is noodzakelijkerwijs ook een terroristisch misdrijf. In een daadgericht strafrecht moet een misdrijf op zijn eigen merites als menselijke gedraging de kwalificatie terroristisch misdrijf kunnen dragen. Die kwalificatie mag dus niet afhankelijk zijn van eigenschappen of geheel buiten het betreffende misdrijf staande gedragingen van de dader.

Voor zover een aantoonbare relatie bestaat tussen het geëiste losgeld en toekomstige terroristische aanslagen zal een veroordeling wegens terroristisch misdrijf op die toekomstige misdrijven gebaseerd moeten worden. De WTM biedt daartoe voldoende mogelijkheden. Naast de in paragraaf 3.2 te bespreken voorbereiding (art. 46 Sr en art. 96 lid 2 Sr) en de in paragraaf 3.1 te behandelen deelneming aan een terroristische organisatie (art. 140a Sr) gaat het dan met name om de samenspanning tot terroristisch misdrijf (art. 80 Sr en, bijvoorbeeld, art. 114b Sr) die nog uitgebreid in paragraaf 3.3 aan de orde zal komen.

De hier verdedigde interpretatie van *een overheid* in art. 83a Sr dient mijns inziens ook de interne consistentie van art. 83a Sr. Het oogmerk om (een deel van) de bevolking ernstige vrees aan te jagen of om bepaalde fundamentele structuren van de samenleving te vernietigen of ernstig te ontwrichten worden in art. 83a Sr van eenzelfde orde geacht als het oogmerk om een overheid te dwingen. Alle drie de oogmerken sorteren dezelfde strafverhoging. Naar het mij voorkomt, ligt de ondergrens van het oogmerk om een deel der bevolking ernstige vrees aan te jagen of om bepaalde fundamentele structuren ernstig te ontwrichten vanuit een perspectief van schadelijkheid voor de samenleving en immoraliteit en dus van strafwaardigheid ver boven de strafwaardigheid van het geval van de ambtenaar die bepaalde arbeidsvoorwaarden wil afdwingen. Dat laatste geval kan dan ook niet op één lijn worden gesteld met de eerste twee. Om dezelfde redenen (de betekenis van de term terrorisme en de interne consistentie van

art. 83a Sr) lijken ook andere gevallen waarin een onderdeel van de overheid dat niet als bepalend voor de wijze waarop invulling wordt gegeven aan één van de drie kerntaken niet voor aanwijzing als *een overheid* in de zin van art. 83a Sr in aanmerking te komen. Met name moet dan gedacht worden aan organen die belast zijn met de uitvoering van het beleid dat is vastgesteld door het dagelijks bestuur en / of de volksvertegenwoordiging van de verschillende openbare lichamen.

Zware mishandeling met het oogmerk om een verblijfsvergunning van de IND, een paspoort van bureau burgerzaken of een uitkering van de sociale dienst te verkrijgen, levert geen terroristisch misdrijf op. Die gevallen zijn met het voorbeeld van de ambtenaar en het arbeidsconflict op één lijn te plaatsen. In dergelijke gevallen richt het geweld zich ook helemaal niet (primair) tegen de samenleving of de wijze waarop deze bestuurd wordt. Het beleid dat wordt uitgevoerd wordt ook slechts ter discussie gesteld indien en voor zover dat strijdig is met de eigen belangen. De persoon in kwestie dient zijn eigen belangen in zijn eigen concrete zaak en begaat een eventueel misdrijf doorgaans uit frustratie. Het gaat hier dus net zo zeer om eigenbelang als bij de ontvoering ter zelfverrijking. Van een oogmerk om het orgaan dat voor de vaststelling van het betreffende beleid verantwoordelijk is ten principale te dwingen zijn beleid aan te passen, is dan ook geen sprake. Voor toepassing van de WTM zou dan ook geen ruimte moeten zijn.

In het geval dat, bij wijze van voorbeeld, vanuit onvrede met het Nederlands asielbeleid misdrijven tegen medewerkers en / of gebouwen van de IND worden gepleegd met het doel de uitvoering van het Nederlandse asielbeleid volledig te frustreren, is toepassing van de WTM niet misplaatst. Dat is in een dergelijk geval ook mogelijk. Voor zover die misdrijven erop gericht zijn de overheid te dwingen een ander asielbeleid vast te stellen, richten zij zich tot de Minister van Vreemdelingenzaken en de Tweede Kamer. Dat zijn de organen waar het oogmerk om te dwingen betrekking op heeft en die organen zijn *een overheid* in de zin van art. 83a Sr. Indien een dergelijk oogmerk niet (aantoonbaar) aanwezig is, zou kunnen worden gesteld dat het oogmerk van de dader erop gericht is dat deze organen gedwongen worden te *dulden* (op deze lastige en ook minder gelukkige term wordt hieronder nog ingegaan) dat het door hen vastgestelde beleid wordt gefrustreerd. Van het oogmerk om het asielbeleid te frustreren en om deze organen te dwingen dat te dulden is in een enkel geval (de boze asielzoeker die uit frustratie over een afwijzing zijn toevlucht zoekt tot geweld om de verblijfsvergunning te verkrijgen) geen sprake. Dat kan uiteraard anders zijn als met de misdrijven beoogd wordt de IND feitelijk het functioneren onmogelijk te maken.<sup>134</sup>

### **Tekstuele aanknopng art. 83a Sr: overheid of dwingen?**

Het oogmerk om een enkel persoon door een misdrijf als bedoeld in art. 83 Sr te dwingen volstaat voor veroordeling wegens terroristisch misdrijf als het functioneren van die persoon van invloed is op een handelen als hiervoor omschreven door de overheid waarvan hij deel uitmaakt.

Daarbij kunnen twee situaties worden onderscheiden. In de eerste situatie is het misdrijf erop gericht het orgaan als zodanig te dwingen. Door een misdrijf te plegen tegen

<sup>134</sup> Al zal in dergelijke gevallen wellicht het oogmerk om bepaalde fundamentele structuren ernstig te ontwrichten in beeld komen.

een enkel lid dat er op gericht is dat lid ergens toe te dwingen kan het betreffende orgaan ergens toe worden gedwongen.

Te denken valt bijvoorbeeld aan een geval waarin een misdrijf wordt gepleegd tegen een lid van de meervoudige kamer van de rechtbank in een bepaalde strafzaak. Wanneer de betreffende rechter na de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting maar voordat de rechtbank tot een uitspraak is gekomen buiten staat waarin hij aan het onderzoek en de beraadslaging kan deelnemen (bijvoorbeeld in verband met zwaar lichamelijk letsel of overlijden), komt te verkeren, zal de rechtbank in de betreffende zaak niet tot een uitspraak kunnen komen. Het onderzoek ter terechtzitting zal dan opnieuw plaats moeten vinden.<sup>135</sup> Door een enkele rechter tot een niet doen (deelnemen aan het onderzoek ter terechtzitting of aan de beraadslaging) te dwingen, wordt aldus het volledige college tot een niet doen (vonnis wijzen) gedwongen. Wie met de bedoeling een orgaan of college het nemen van een besluit of het verrichten van een handeling onmogelijk te maken een misdrijf pleegt tegen een enkel lid handelt met een terroristisch oogmerk. Dat geldt ook indien hij er desondanks niet in slaagt het lid te beletten aanwezig te zijn. Aanwezigheid van het oogmerk daartoe volstaat immers reeds. Daar is niets opmerkelijks aan.

De tweede situatie waaraan kan worden gedacht, brengt meer twijfel mee. In die tweede situatie heeft het oogmerk betrekking op het dwingen van slechts het enkele lid. Bij deze situatie valt te denken aan het geval dat een misdrijf wordt gepleegd tegen een lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Wanneer een lid daardoor niet aanwezig kan zijn, zal de Tweede Kamer nog steeds kunnen besluiten.<sup>136</sup> Bij het nemen van een zeer controversieel besluit kan de verhindering van een enkel lid of een zeer gering aantal leden de inhoud van het betreffende besluit wel beïnvloeden. De stemverhouding kan dan immers omslaan. Een minderheid kan op het moment van stemming opeens een meerderheid blijken te zijn. Op het orgaan als zodanig wordt geen enkele dwang uitgeoefend. Toch wordt het optreden van het orgaan door het dwingen van de enkeling wel beïnvloed.

Het resultaat van een misdrijf tegen een enkel lid kan aldus precies hetzelfde zijn als het resultaat van een misdrijf tegen het gehele orgaan. In beide gevallen kan de besluitvorming van het betreffende orgaan op oneigenlijke wijze worden beïnvloed. De mate waarin die beïnvloeding plaatsvindt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Zij is in ieder geval niet per definitie minder bij het dwingen van een enkel lid of enkele leden. Om die reden bestaat er mijns inziens geen enkele grond om het oogmerk om een enkel lid van een orgaan of college wederrechtelijk te dwingen niet te beschouwen als het oogmerk om een overheid wederrechtelijk te dwingen in de zin van art. 83a Sr. De constatering dat bij de beïnvloeding van een enkel lid niet het gehele or-

<sup>135</sup> Voor het geval dat na een schorsing van het onderzoek ter terechtzitting *de samenstelling van de rechtbank bij de hervatting gewijzigd* is bepaalt art. 322 lid 3 Sv dat het onderzoek opnieuw wordt aangevangen. Als tijdens de loop van het onderzoek ter terechtzitting één van de rechters niet langer in staat is om het onderzoek bij te wonen, zal het onderzoek worden geschorst. Indien de betreffende rechter geruime tijd of permanent niet in staat zal zijn terug te keren, treedt art. 322 lid 3 Sv in werking. Voor het geval dat het onderzoek ter terechtzitting reeds is gesloten doch nog geen uitspraak is gedaan, ligt het voor de hand het onderzoek te heropenen en onmiddellijk te schorsen.

<sup>136</sup> Volgens art. 67 lid 1 Gw geldt voor beide kamers der Staten-Generaal (zowel apart als in verenigde vergadering) dat voor het beraadslagen of besluiten de aanwezigheid van tenminste de helft van het aantal leden vereist is.

gaan of een meerderheid daarvan zal worden *gedwongen*<sup>137</sup> doet daaraan niet af. Die constatering brengt wel mee dat in de tekst van art. 83a Sr een aanknopingspunt zal moeten worden gevonden op grond waarvan gevallen als het hier gegeven voorbeeld kunnen worden aangemerkt als *het oogmerk om een overheid wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden*.

Logischerwijs zal het daarbij moeten gaan om een extensieve interpretatie van ofwel *een overheid* ofwel van *dwingen*. Bij een extensieve interpretatie van *een overheid* zou onder *een overheid* mede verstaan moeten worden een lid van een overheidsorgaan dat belast is met een taak van bestuur, wetgeving of rechtspraak. Als aanvullende eis zou daarbij nog moeten gelden dat het directe doel van het misdrijf dat op het dwingen van het individuele lid gericht is, gelegen is in beïnvloeding van enige feitelijke handeling of rechtshandeling door het college of orgaan waarvan het betreffende lid deel uitmaakt. Daarin ligt dan dus de eis besloten dat de dader meent dat hij door het dwingen van het betreffende lid het betreffende orgaan of college tot enig doen of niet doen kan brengen. Een extensieve interpretatie van *dwingen* zou meebrengen dat aanvaard moet worden dat iemand anders (in dit geval een orgaan of college) gedwongen kan worden dan waarop de dwang werd uitgeoefend (dat is immers het individuele lid).

Alhoewel onmiddellijk erkend moet worden dat geen van beide oplossingen echt fraai genoemd kan worden, gaat mijn voorkeur dan toch duidelijk uit naar de eerste oplossing. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 83a Sr blijkt immers onomwonden dat *dwingen* in die bepaling dezelfde betekenis heeft als in art. 284 Sr. In die laatstgenoemde bepaling is sprake van dwingen indien de gedwongene *zonder het dwangmiddel dat op hem is toegepast niet zou hebben gehandeld of nagelaten*, zo bleek hiervoor reeds. Een ruime uitleg van het bestanddeel dwingen zou dus ofwel tot gevolg hebben dat *dwingen* in art. 83a Sr een andere betekenis krijgt dan in art. 284 Sr ofwel dat de betekenis van *dwingen* in art. 284 Sr wordt vergroot. Dat eerste gevolg zou niet slechts strijdig zijn met de bedoelingen van de wetgever maar tevens ten koste gaan van de innerlijke consistentie en duidelijkheid van het Wetboek. Het tweede gevolg zou een vergroting van het bereik van art. 284 Sr inhouden die oneigenlijk genoemd kan worden. Een ruime uitleg van een overheid in art. 83a Sr stuit niet op dergelijke problemen omdat dat begrip autonoom uitgelegd kan worden.

De term *overheid* komt in het Wetboek van Strafrecht verder slechts voor in art. 268 Sr.<sup>138</sup> In de parlementaire geschiedenis van de WTM zijn geen aanwijzingen te vinden dat voor de uitleg van de term *overheid* aansluiting gezocht moet worden bij de betekenis van die term in art. 268 Sr. In art. 268 Sr is strafbaar gesteld het doen van valse aangifte of klacht bij de overheid tegen een bepaald persoon. Het gaat daarbij niet zozeer om de misleiding van de overheid als wel om de belediging van de persoon tegen wie de aangifte of klacht is gericht.<sup>139</sup> In die zin gaat het bij dit misdrijf dus niet om een misdrijf tegen de overheid. Bij een misdrijf dat met de tweede variant van het terroristisch oogmerk wordt begaan zal per definitie wel sprake zijn van een misdrijf te-

<sup>137</sup> In de meeste gevallen zullen zijn collegae immers helemaal niet weten dat hij gedwongen wordt.

<sup>138</sup> Afgezien van de term van overheidswege in de art. 13, 37b, 37c, 38c, 38f, 38g, 38h, 38j, 38k en 38l Sr.

<sup>139</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c., aant. 3 bij art. 188 Sr.

gen de overheid. De aard en strekking van art. 268 Sr enerzijds en van het terroristisch misdrijf anderzijds lijken dus niet onmiddellijk te nopen tot een gelijkkluidende uitleg van het bestanddeel in beide bepalingen.

Dat neemt niet weg dat er weinig bezwaren lijken te bestaan tegen een dergelijke uitleg voor zover de strekking, wetsgeschiedenis en jurisprudentie van de onderscheiden bepalingen zich daartegen niet bepaaldelijk verzetten. Zo is voor art. 268 Sr niet duidelijk of onder *de overheid* tevens een buitenlandse overheid is te verstaan. Mocht dat niet het geval zijn dan brengt dat vanzelfsprekend niet mee dat onder *een overheid* in de zin van art. 83a Sr evenmin een buitenlandse overheid verstaan mag worden. De wetsgeschiedenis bij die laatste bepaling geeft immers duidelijk aan dat dergelijke overheden daaronder wel begrepen dienen te worden. Ten aanzien van de mogelijkheden om personen te vereenzelvigen met het orgaan waarbij zij werkzaam zijn, lijken voor art. 268 Sr weinig beperkingen te bestaan. Aangifte bij een agent van de politie heeft te gelden als een aangifte bij de overheid in de zin van deze bepaling. Deze agent *is in de zin van deze bepaling overheid*.<sup>140</sup> Hiervoor werd reeds duidelijk dat het begrip overheid in art. 83a Sr naar mijn mening gereserveerd zou moeten blijven voor organen die één van de drie kerntaken van een openbaar lichaam uitvoeren. De politie valt daar niet onder. Eerst indien het oogmerk om de politie te dwingen eigenlijk het oogmerk om, bijvoorbeeld, de minister van Binnenlandse zaken te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden behelst, is sprake van het oogmerk om *een overheid* in de zin van art. 83a Sr te dwingen. Dat houdt in dat geval echter exclusief verband met het oogmerk om die minister te dwingen. In zoverre zou de strekking van art. 83a Sr zich tegen een gelijkkluidende uitleg van het begrip overheid in de art. 83a en 268 Sr verzetten. Op deze plaats is met name van belang dat onder *de overheid* in art. 268 Sr ook een enkele ambtenaar kan worden verstaan. Dat zou bij *een overheid* in art. 83a Sr mijns inziens onder omstandigheden ook het geval moeten kunnen zijn.

### Afsluiting

Als de dader gelooft dat hij de uitkomst van enig besluitvormingsproces door één van de hier bedoelde functionarissen of colleges kan beïnvloeden door een misdrijf tegen een dergelijke functionaris of een enkel lid van een dergelijk college (waardoor de stemverhouding in een andere richting kan omslaan) of zelfs een derde (bijvoorbeeld een familielid van een collegelid om dat lid anders te doen stemmen waardoor de stemverhouding binnen dat college in een andere richting omslaat) te plegen en hij deze beïnvloeding ook effectief nastreeft is sprake van het oogmerk om een overheid wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden.

Het betreffende orgaan zal dan wel aangemerkt moeten kunnen worden als een orgaan dat één van de drie klassieke machten (bestuur, wetgeving of rechtspraak) vormt. Bij de uitvoerende macht gaat het dan om het orgaan dat het beleid vaststelt en daarvoor ook politiek verantwoordelijk is. Niet ieder bestuursorgaan en iedere ambtenaar zijn derhalve als overheid in de zin van art. 83a Sr aan te merken.

#### 2.2.3.4 Dulden

De vraag rijst daarenboven of een nog verdere verruiming volgt uit het feit dat ook deze variant van het terroristisch oogmerk ruimer geformuleerd is dan het equivalent

<sup>140</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c., aant. 3a bij art. 268 Sr.

uit het Kaderbesluit. Het Kaderbesluit omschrijft deze variant immers als *het oogmerk om de overheid of een internationale organisatie op onrechtmatige wijze te dwingen tot het verrichten of het zich onthouden van een handeling*. Het oogmerk de overheid tot enig *dulden* te dwingen komt in art. 1 Kaderbesluit dus niet voor. Ook in art. 2 lid 1 onder b van het Internationaal Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme, waarvan de omschrijving in het Kaderbesluit is afgeleid, wordt slechts gesproken van het doel *een regering of internationale organisatie te dwingen tot het verrichten of het zich onthouden van een handeling*. De memorie van toelichting geeft als verklaring voor de toevoeging van *dulden* dat met deze iets ruimere omschrijving, die aansluit bij art. 284 Sr, gekozen is voor een begrip dat in de rechtspraak bekend is.<sup>141</sup> Tijdens de parlementaire behandeling heeft deze toevoeging verder geen bijzondere aandacht gekregen. Hiervoor werd duidelijk dat dwingen in de zin van art. 284 Sr, waarvan het oogmerk om te dwingen van art. 83a Sr is afgeleid, betrekking heeft op het tegen diens wil beïnvloeden van het gedrag van de gedwongene. Gedrag bestaat vanzelfsprekend uit een doen of een nalaten. Meer smaken zijn er niet. Voor zover dulden niet tevens een doen of laten omvat is het dus geen gedrag. Voor zover dulden wel een doen of nalaten inhoudt, behoeft het niet afzonderlijk te worden benoemd in de art. 83a en 284 Sr. Het feit dat dulden zelfstandig genoemd is, doet vermoeden dat het ook betekenis heeft, zij het dat het daarbij dus niet kan gaan om een gedragsbeïnvloeding. Van gedwongen worden te dulden is dan sprake waar de gedwongene een bepaalde gebeurtenis niet kan voorkomen. De onmogelijkheid om die gebeurtenis te voorkomen volgt echter niet uit een (al dan niet afgedwongen) besluit van handelen af te zien. Dan zou immers sprake zijn van (dwingen tot) nalaten. Het moet dus gaan om een feitelijke onmogelijkheid om de betreffende gebeurtenis te voorkomen. Als verdere voorwaarde kan uit de tekst van de art. 83a en 284 Sr worden afgeleid dat de dader deze onmogelijkheid heeft gecreëerd. Dat volgt dan uit het woord *dwingen* in de betekenis van dwang uitoefenen. Gedacht kan dan bijvoorbeeld worden aan het voorbeeld dat hiervoor reeds werd gegeven in verband met de betekenis van *een overheid* in art. 83a Sr. De dader die een bepaald beleid wil frustreren door de uitvoering ervan met geweldsmisdrijven feitelijk onmogelijk te maken, handelt met het oogmerk om een overheid wederrechtelijk te dwingen iets te dulden. De overheid is in dat geval niet het uitvoeringsorgaan maar het orgaan dat het betreffende beleid heeft vastgesteld.

Een andere uitleg zou meebrengen dat de overheid alle haar onwelgevallige gebeurtenissen die zij niet heeft weten te voorkomen gedwongen is te dulden. Er van uitgaande dat ieder strafbaar feit dat gepleegd wordt de overheid onwelgevallig is en dat een ieder die (opzettelijk) een strafbaar feit pleegt tot doel heeft dat feit te plegen zonder dat de overheid dat kan voorkomen, zou deze interpretatie meebrengen dat ieder misdrijf dat volgens art. 83 Sr een terroristisch misdrijf is wanneer het wordt begaan met een terroristisch oogmerk per definitie een terroristisch misdrijf is. Al die misdrijven worden immers gepleegd met het oogmerk de overheid te dwingen (het geschiedt immers onvrijwillig) te dulden dat dit plegen plaatsvindt. Die interpretatie zou vanzelfsprekend te ver gaan.

De voorwaarde dat de dader de onmogelijkheid om de betreffende gebeurtenis te voorkomen zelf in het leven heeft geroepen, maakt de grens tussen dwingen te dulden

---

<sup>141</sup> TK 2001–2002, 28463, nr. 3, p. 3.



en dwingen na te laten nogal vaag. Als voorbeeld van een misdrijf als bedoeld in art. 83 Sr dat wordt gepleegd met het oogmerk om een overheid te dwingen iets te dulden, zou het opblazen van een brandweerkazerne en de daarin aanwezige personen en voertuigen met het doel dat de brandweer bij een andere gelijktijdig gepleegde aanslag geen hulp zal kunnen bieden en dat de overheid dus zal moeten dulden dat bij die aanslag meer schade wordt aangericht dan het geval zou zijn geweest wanneer de brandweer onverwijd had kunnen uitrukken. Het komt mij voor dat goed vol te houden valt dat hier sprake is van het oogmerk om de overheid te dwingen tot enig nalaten in de zin van het Kaderbesluit. De overheid wordt immers doelbewust gedwongen ingrijpen achterwege te laten waar zij dat wel zou willen. Dat dit in de WTM als het oogmerk om de overheid tot enig dulden te dwingen wordt aangemerkt, behoeft op zichzelf op geen enkel bezwaar te stuiten.<sup>142</sup> Zo lang dezelfde gedraging strafbaar wordt gesteld, doet de noemer waaronder dat geschiedt niet ter zake. Bezwaren ontstaan evenwel wel wanneer de Nederlandse rechter aan het bestanddeel *oogmerk om een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk te dwingen iets te dulden* niet (langer) de eis stelt dat de onmogelijkheid voor de overheid om in te grijpen als gevolg van het misdrijf beoogd is. Het dulden mag dan ook geen betrekking hebben op het betreffende misdrijf zelf maar hooguit op (de gevolgen van) een ander (al dan niet terroristisch) misdrijf.<sup>143</sup> Beoogde gevolgen van het misdrijf die niet aan het misdrijf inherent zijn doch die volgen uit de specifieke wijze van uitvoering kunnen uiteraard wel voorwerp zijn van het oogmerk van de overheid om iets te dulden. Dit laatste kan verduidelijkt worden aan de hand van een materieel delict als moord (art. 289 Sr). De dood van een ander is een gevolg dat aan het delict inherent is. Dat de overheid deze dood als beoogd gevolg van het misdrijf te dulden heeft, zou dan ook op zichzelf nimmer voldoende mogen zijn voor het verwijt dat de dader de moord pleegde met het oogmerk om de overheid te dwingen iets te dulden. Wanneer het slachtoffer evenwel is vermoord in verband met het feit dat hij voor die overheid een bijzonder belang<sup>144</sup> had en met de bedoeling dat dit bijzondere belang voor de overheid verloren zou gaan, zou wel sprake kunnen zijn van het oogmerk om een overheid te dwingen iets te dulden.

Terzijde, en wellicht ten overvloede, zij overigens nog wel opgemerkt dat de hier verdedigde uitleg van *dulden* in de zin van art. 83a Sr er niet aan in de weg staat dat in het hierboven beschreven voorbeeld van actievoerders bij een (in de kern) vreedzame demonstratie die met geweld door een politiekordon heen willen breken om naar de Israëlische ambassade te togen sprake is van een terroristisch misdrijf. Het dulden door de overheid dat de actievoerders de Israëlische ambassade bereiken, is immers het beoogde resultaat van de gepoogde zware mishandeling. Anders dan de minister meent, is zeer wel voorstelbaar dat misdrijven die tijdens demonstraties zijn begaan terroristische misdrijven zijn in de zin van art. 83a Sr. Het bereik van (bijvoorbeeld) zware mishandeling met een terroristisch is daarmee erg ruim. Dit ruime bereik is evenwel

<sup>142</sup> De toevoeging van het *dulden* aan het *iets te doen* en *niet te doen* in art. 83a Sr zou hooguit overbodig genoemd kunnen worden voor de implementatie van *tot het verrichten of het zich onthouden van een handeling* in de zin van het Kaderbesluit.

<sup>143</sup> Hetgeen waarop het beoogde dwingen te dulden betrekking heeft, behoeft overigens niet noodzakelijkerwijs strafbaar te zijn gesteld. Het moet wel een gebeurtenis of gedraging betreffen die de overheid (of internationale organisatie) in kwestie onwelgevallig is.

<sup>144</sup> Bijvoorbeeld de grote en specifieke militair-strategische kennis van een zeer getalenteerd legergeneraal.

geen gevolg van de interpretatie van het oogmerk een overheid te dwingen iets te dulden, maar van het verzuim om, in navolging van het Kaderbesluit, als voorwaarde voor ieder terroristisch misdrijf op te nemen dat de betreffende gedraging door haar aard of context een overheid of internationale organisatie ernstig kan schaden.

### 2.2.3.5 Afsluiting

De tweede variant van het terroristisch oogmerk kent een aantal interpretatieve problemen.

Het gaat dan allereerst om de betekenis van de wederrechtelijkheid en de gevolgen van het feit dat het oogmerk ook op die wederrechtelijkheid moet zien. In deze paragraaf is bepleit dat de wederrechtelijkheid in art. 83a Sr zo min mogelijk zelfstandige betekenis moet hebben. Daartoe moet die wederrechtelijkheid ingevuld aan de hand van het gepleegde misdrijf. Indiende dader de overheid door middel van een misdrijf heeft willen dwingen dan was zijn oogmerk van de dader gericht op het wederrechtelijk dwingen van die overheid. Die wederrechtelijkheid zou dan in ieder geval zodanig geobjectiveerd moeten worden dat wetenschap van die wederrechtelijkheid bij de dader volstaat voor het oogmerk op die wederrechtelijkheid. Ook een verdergaande objectivering lijkt niet bezwaarlijk.

Ten tweede is de vraag beantwoord wanneer spreke is van *een overheid* in de zin van art. 83a Sr. Die term heeft volgens de wetsgeschiedenis een ruime betekenis: ook lagere en buitenlandse overheden vallen binnen het bereik van het begrip. In deze paragraaf is betoogd dat niet ieder overheidsorgaan als overheid in de zin van art. 83a Sr kan worden aangemerkt. Daartoe is vereist dat het orgaan dat de dader wil dwingen een bestuurlijke (in de zin van beleidsbepalende), wetgevende of rechtsprekende functie heeft. Indien de dader het oogmerk heeft om het werk van een zodanig orgaan daarmee te beïnvloeden, kan het oogmerk om een lid van een dergelijk orgaan ergens toe te dwingen worden aangemerkt als het oogmerk om een overheid te dwingen.

Tenslotte is de betekenis van *dulden* in art. 83a Sr uiteengezet. Voor dulden is vereist dat een situatie ontstaat of een gebeurtenis plaatsvindt die degene die deze gebeurtenis of situatie moet dulden niet kan voorkomen of opheffen. Het moet daarbij gaan om een feitelijke onmogelijkheid om de betreffende gebeurtenis te voorkomen. Als verdere voorwaarde kan uit de tekst van de art. 83a en 284 Sr worden afgeleid dat de dader deze onmogelijkheid door het plegen van het misdrijf heeft gecreëerd. Het mag niet gaan om het oogmerk om het begaan van dat misdrijf zelf te dulden.

### 2.2.4 Oogmerk om bepaalde fundamentele structuren te vernietigen of ernstig te ontwrichten

Op deze plaats zal de derde variant van het terroristisch oogmerk worden besproken. De nuances van deze variant zullen met name worden benadrukt door een vergelijking van deze variant met de tweede variant van het terroristisch oogmerk.

De redactie van de derde variant van het terroristisch oogmerk, *het oogmerk om de fundamentele politieke, constitutionele, economische of sociale structuren van een land of een internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen*, is nagenoeg gelijk aan de formulering in art. 1 lid 1 Kaderbesluit. Ten opzichte van dat Kaderbesluit wijkt de Nederlandse

wettekst alleen af door de eis dat het om *fundamentele structuren* moet gaan. Het Kaderbesluit spreekt in plaats daarvan van *basisstructuren*. Aangenomen moet worden dat dit verschil zonder betekenis is.

### 2.2.4.1 De wetgever

In ieder geval zal de Nederlandse implementatie geen beperktere strekking toegedicht mogen worden dan de tekst van het Kaderbesluit. Het Kaderbesluit laat immers helemaal geen ruimte om in de omschrijving van het terroristisch misdrijf in de nationale wetgeving eisen te stellen die het Kaderbesluit zelf niet kent. Dat de Nederlandse wetgever desondanks een dergelijke eis heeft willen aanleggen is niet waarschijnlijk. In algemene zin heeft de wetgever in de WTM immers gekozen voor een royale implementatie. Mocht hij ten aanzien van het onderhavige onderdeel, om welke reden dan ook, juist gemeend hebben niet volledig aan de eisen van het Kaderbesluit te kunnen voldoen dan zou daaraan in de memorie van toelichting aandacht moeten zijn besteed. Het moet er dan ook voor worden gehouden dat de wetgever heeft gemeend dat de door hem gekozen redactie geen eisen stelt die het Kaderbesluit niet kent, maar juist treffender onder woorden brengt wat het Kaderbesluit eigenlijk bedoelt te zeggen.

De memorie van toelichting verschaft geen enkele duidelijkheid over de wijze waarop deze variant van het terroristisch oogmerk moet worden ingevuld. De memorie stelt slechts dat dit onderdeel een toevoeging is ten opzichte van de VN-omschrijving die voor de omschrijving in het Kaderbesluit model heeft gestaan. Daarnaast wordt gesteld dat geen sprake zal zijn van een terroristisch misdrijf wanneer actiegroepen misdrijven als bedoeld in art. 83 Sr plegen, immers *van het ernstig ontwrichten van fundamentele politieke (etc.) structuren is evenmin sprake*. Nadere motivering wordt voor deze stelling niet gegeven.<sup>145</sup>

De nota naar aanleiding van het verslag verschaft nauwelijks meer duidelijkheid. In het kader van de discussie over de vraag of onder het terroristisch oogmerk niet tevens verstaan zou moeten worden het oogmerk om de economische of sociale structuren van een bedrijf of instelling te vernietigen, merkt de minister op dat dit oogmerk niet als een terroristisch oogmerk in de zin van het Kaderbesluit en het voorstel tot de WTM kan gelden nu het bij laatstgenoemd oogmerk slechts gaat om de fundamentele structuren van staten en organisaties. Bij terroristische misdrijven zou het slechts gaan *om misdrijven die de gehele samenleving en internationale rechtsorde bedreigen*. Dat zou in de formulering van het terroristisch oogmerk terugkeren.<sup>146</sup> In paragraaf 2.2.2.1 werd reeds gewezen op het feit dat volgens de minister de gezamenlijke leden van een bepaalde beroepsgroep niet kunnen worden aangemerkt als een deel der bevolking in de zin van art. 83a Sr. Tegen die leden gerichte misdrijven kunnen desalniettemin mogelijk toch als terroristisch misdrijf worden aangemerkt omdat zij zijn gepleegd met het oogmerk om de fundamentele economische structuren van Nederland ernstig te ontwrichten of te vernietigen.<sup>147</sup>

Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer werd de minister gevraagd om een aantal begrippen nader te verduidelijken. Het betrof

<sup>145</sup> TK 2001–2002, 28463, nr. 3, p. 3.

<sup>146</sup> TK 2002–2003, 28463, nr. 6, p. 7.

<sup>147</sup> TK 2002–2003, 28463, nr. 6, p. 6.

«fundamentele structuren»; ernstig te ontwrichten»; en «te vernietigen» in relatie tot structuren en organisaties. Moeten onder «internationale organisaties» uitsluitend publiekrechtelijke organisaties worden verstaan? Is bijvoorbeeld de Europese Investeringsbank een dergelijke organisatie in de zin van deze wet?<sup>148</sup>

De minister benadrukt dat voor de uitleg van de betreffende begrippen vooral gelet moet worden op de betekenis die deze begrippen in het Kaderbesluit hebben. Hij stelt:

Al deze begrippen komen ook voor in de formulering van het terroristisch oogmerk in artikel 83a Sr, en zijn rechtstreeks ontleend aan het kaderbesluit. Dat beperkt het gezag van een nationale uitleg aan deze begrippen. Uit de context wordt evenwel duidelijk aan welke fundamentele structuren is gedacht: deze zijn in beide bepalingen beperkt tot fundamentele politieke, constitutionele, economische of sociale structuren. Ook het begrip «internationale organisaties» is ontleend aan het kaderbesluit en is eveneens opgenomen in het Internationaal Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme. De context, waarin gesproken wordt van «overheid of internationale organisatie», duidt erop dat aan publiekrechtelijke organisaties is gedacht, niet aan privaatrechtelijke, zoals multinationals. De Europese Investeringsbank heeft een publiekrechtelijk karakter en valt onder deze term.<sup>149</sup>

De minister lijkt hiermee vrij onomwonden te stellen dat de betekenis van de uitdrukking *fundamentele structuren* in het voorgestelde art. 83a Sr identiek is aan die van de in het Kaderbesluit gebezigde term *basisstructuren*. Daarnaast maakt hij duidelijk dat waar de WTM zich bedient van termen die zijn overgenomen uit het Kaderbesluit aan die termen ook dezelfde betekenis toekomt. Opnieuw wordt benadrukt dat misdrijven die gericht zijn op de vernietiging of ontwrichting van de structuren van private instellingen of ondernemingen niet om die reden zijn aan te merken als terroristische misdrijven. Wat precies onder de betreffende structuren te verstaan is, kan uit het citaat evenwel niet volgen.

Tenslotte geeft de minister in het onderhavige verband nog als volgt antwoord op de vraag

of aanslagen op woonhuizen of auto's van personen, werkzaam in het lokale bestuur, kunnen worden aangemerkt als daden die trachten op ernstige wijze fundamentele structuren te ontwrichten. Naar mijn mening kan het bij aanslagen die beogen om overheidsfunctionarissen of politici te bedreigen en daarmee te bewerkstelligen dat zij iets doen of nalaten in hun hoedanigheid zeer wel in de rede liggen dat een terroristisch oogmerk wordt aangenomen. Daarbij valt zowel te denken aan het oogmerk om een overheid wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden, als aan het oogmerk om fundamentele politieke structuren van een land ernstig te ontwrichten.<sup>150</sup>

In ieder geval volgt hieruit duidelijk dat ook de organisatie van lagere overheden kan worden aangemerkt als de structuur van een land.

Wanneer structuren evenwel als fundamenteel hebben te gelden en waar de grens ligt tussen het oogmerk om een overheid wederrechtelijk te dwingen iets te doen of na te

<sup>148</sup> EK 2003-2004, 28463, nr. B, p. 11; de inconsistente interpunctie en grammaticale onvolkomenheden zijn overgenomen uit het voorlopig verslag.

<sup>149</sup> EK 2003-2004, 28463, nr. C, p. 14.

<sup>150</sup> EK 2003-2004, 28463, nr. E, p. 4.

laten en het oogmerk om fundamentele structuren van een land te vernietigen of ernstig te ontwrichten, blijft evenwel onduidelijk.

#### 2.2.4.2 Onderscheid met 2e variant van het terroristisch oogmerk

Voor het in stand houden van de fundamentele politieke, constitutionele, economische of sociale structuren van een land zal, ongeacht de precieze betekenis en inhoud van die term, een belangrijke rol zijn weggelegd voor de overheid. Misdrijven waarmee beoogd wordt deze structuren ernstig te ontwrichten of te vernietigen zullen vaak tegen de overheid gericht zijn. Datzelfde geldt uiteraard voor misdrijven die begaan worden met het oogmerk *om een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden*. De vraag is dan waarin beide varianten van het terroristisch oogmerk zich van elkaar onderscheiden.

Meest voor de hand liggend criterium voor het onderscheid tussen de tweede en de derde variant van het terroristisch oogmerk lijkt het antwoord op de vraag te zijn of het betreffende misdrijf als bedoeld in art. 83 Sr wordt begaan met het oogmerk om (de uitvoering van) een individueel besluit of complex van besluiten te wijzigen of met het oogmerk om de wijze van besluitvorming in algemene zin te veranderen. In het eerste geval is sprake van het oogmerk om een overheid wederrechtelijk tot enig doen, nalaten of dulden te dwingen. In het tweede geval is het misdrijf erop gericht *de fundamentele politieke, constitutionele, economische of sociale structuren van een land ernstig te ontwrichten of te vernietigen*.

Wie met het plegen van een misdrijf als bedoeld in art. 83a Sr de overheid wil bewegen tot het terugtrekken van de Nederlandse militairen uit om het even welk oorlogsgebied, wil een overheid wederrechtelijk dwingen iets te doen. Wie evenwel regering en parlement wil verdrijven om het landsbestuur voor onbepaalde tijd en zonder periodieke vrije en geheime verkiezingen in handen te leggen van de top van een communistische partij die volgens Marxistische principes de samenleving zal besturen, wil *de fundamentele politieke, constitutionele, economische of sociale structuren van Nederland vernietigen*. Daar tussen bevindt zich het ontwrichten van fundamentele structuren van Nederland. Wie door middel van een ernstig misdrijf gedurende een langere (al dan niet bepaalde) periode in algemene zin de besluitvorming door een orgaan wil frustreren of beïnvloeden zonder daarmee het bestaan van dat orgaan als zodanig te willen termineren, handelt met het oogmerk om de fundamentele politieke of constitutionele structuren van Nederland ernstig te ontwrichten. Daarvan is ook sprake indien het oogmerk gericht is op het vervangen van de leden van dat orgaan door leden van de organisatie die voor het misdrijf verantwoordelijk is.

Later, bijvoorbeeld in paragraaf 4.4.1.5, zal blijken dat dit soort onderscheidingen door de wetgever bij de verschillende misdrijven tegen de staat reeds bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht werd gemaakt. Ten tijde van die invoering leidde dat onderscheid ook tot een onderscheid in sanctienormen. Wie ‘slechts’ een enkel besluit van de democratisch gelegitimeerde wetgever wilde beïnvloeden werd minder strafwaardig geacht dan hij die de democratisch gelegitimeerde wetgever in het geheel wilde afschaffen. Daarnaast werd een onderscheid gemaakt tussen het *veranderen* en het *vernietigen* van fundamentele staatsorganen. Aan dat onderscheid was evenwel geen verschil in sanctienormen gekoppeld. Zoals nog zal blijken is het onderscheid in strafmaximum tussen strafbepalingen die de integriteit van alle individuele besluiten van de

voornaamste staatsorganen en dat van de strafbepalingen die de voornaamste staatsorganen als zodanig beschermen uiteindelijk vervaagd. De gelijke strafwaardigheid van beide varianten van het terroristisch oogmerk is daardoor niet noodzakelijkerwijs strijdig met de reeds bestaande systematiek van strafbaarstellingen van misdrijven die zich richten tegen het bestaan en functioneren van fundamentele staatsorganen. Daarmee is evenwel nog steeds betrekkelijk weinig gezegd over de invulling van de begrippen *politieke, constitutionele, economische of sociale structuren*.

### 2.2.4.3 Rechtspraak

Het oogmerk om bepaalde fundamentele structuren te vernietigen of ernstig te ontwrichten is ook aan de orde geweest in enkele van de spaarzame rechterlijke uitspraken in zaken waarin wegens terroristisch misdrijf werd vervolgd. Die uitspraken komen hieronder aan de orde.

#### Mohammed B.

In de zaak tegen Mohammed B., die in paragraaf 2.2.2.2 uitgebreid aan de orde kwam, achtte de rechtbank bewezen dat zowel de moord als de belemmering van het kamerlid Ayaan Hirsi Ali vergaderingen van de Staten-Generaal bij te wonen en daarin vrij en onbelemmerd haar plicht te vervullen als de bedreiging met een terroristisch misdrijf was begaan met *het oogmerk om de bevolking of een deel van de bevolking van Nederland ernstige vrees aan te jagen en de fundamentele politieke en/of constitutionele structuur van Nederland ernstig te ontwrichten*.

De motivering van het bewijs van het terroristisch oogmerk is evenwel volledig beperkt tot het oogmerk om (een deel van) de bevolking van Nederland ernstige vrees aan te jagen. De bijzonderheden van het geval bevatten evenwel elementen waarin mogelijk aanknopingspunten kunnen worden gevonden voor het oordeel dat de verdachte tevens de ernstige ontwrichting van bepaalde fundamentele structuren van Nederland beoogde met zijn misdrijven.

In de strafmotivering komen de volgende passages voor:

De terroristische aanslag op [slachtoffer] heeft in de samenleving grote gevoelens van angst en onveiligheid teweeggebracht. Bovendien heeft deze aanslag een destabiliserende werking gehad. Zo vond er in de dagen na de moord een aantal aanslagen plaats op moskeeën en islamitische scholen. (...)

Verdachte heeft voorts Tweede-Kamerlid [lid van de Staten-Generaal] opzettelijk verhinderd haar werk als lid van de Staten-Generaal uit te oefenen, door haar te bedreigen met een terroristisch misdrijf. Zij kreeg door deze bedreiging maximale beveiliging en moest onderduiken, waardoor zij de vergaderingen van de Tweede Kamer enige maanden niet kon bijwonen. Dit misdrijf (art. 121 Sr; JML) wordt door de wetgever als zeer ernstig beschouwd, omdat het functioneren van de volksvertegenwoordiging in het geding is. De strafbaarstelling van dit feit heeft mede ten doel het voorkomen van een omverwerping van het parlement.(...)

Verdachte vestigt de aandacht op het feit dat naar zijn mening in Nederland de strijd tegen de Islam via de media gevoerd wordt. Nu is er voor hem een ideologische rechtvaardiging om personen die die strijd voeren en de Islam en de profeet Mohammed beledigen, te vermoorden. De moord op [slachtoffer] kon op grond van dit document als een religieuze plicht beschouwd worden, aldus de deskundige.(...)

Verdachte heeft in zijn document 'Grondwet van een fundamentalist, deel 5' uiteengezet hoezeer naar zijn mening een democratie in strijd is met de wetten van Allah. Verdachte verwerpt het democratisch stelsel in al zijn facetten. Gelet ook op hetgeen

hiervoor is overwogen over de standvastigheid van verdachte in zijn ideologie en de hem op te leggen levenslange gevangenisstraf, acht de rechtbank de mogelijkheid niet reëel dat verdachte ooit gebruik zal maken van zijn actief of passief kiesrecht.<sup>151</sup>

De kern wordt gevormd door de als tweede en de als derde geciteerde passage.

### *Art. 121 Sr*

In de tweede passage besteedt de rechtbank duidelijk aandacht aan de politieke en constitutionele aspecten van het misdrijf van art. 121 Sr. Weliswaar stelt de rechtbank daarbij niet expliciet vast dat het oogmerk van verdachte erop gericht was het functioneren van de Staten-Generaal te frustreren, dat de bewezenverklaring van het oogmerk om de fundamentele politieke en / of constitutionele structuren van Nederland ernstig te ontwrichten gebaseerd is op de beoogde gevolgen van dit misdrijf lijkt wel erg waarschijnlijk. In de ogen van de rechtbank zijn aan het onderhavige misdrijf per definitie gevaren voor het functioneren van de Staten-Generaal verbonden. Dat zij meent dat de verdachte deze gevaren als gevolg van zijn handelen ook beoogd heeft, zou mede kunnen worden afgeleid uit de vaststelling dat de verdachte vanuit zijn ideologie de democratie in al haar facetten verwerpt. De vaststelling dat de strafbaarstelling van art. 121 Sr mede ten doel heeft het omverwerpen van het parlement te voorkomen, lijkt wel wat kort door de bocht.

De wetgever van 1881 maakte een onderscheid tussen misdrijven die gepleegd werden tegen het parlement als zodanig en misdrijven die gepleegd werden tegen individuele leden daarvan. Het huidige art. 121 Sr bestond oorspronkelijk uit twee bepalingen, te weten de art. 121 en 122 Sr. Art. 121 Sr zag daarbij op misdrijven tegen het gehele parlement<sup>152</sup>, art. 122 Sr op misdrijven tegen individuele leden. Het misdrijf van art. 121 Sr kende een sanctienorm van twaalf jaren gevangenisstraf, dat van art. 122 Sr een sanctienorm van drie jaren. De oude bepalingen hadden met omverwerping van het parlement in de betekenis van de staatsgreep niets te maken.<sup>153</sup> Slechts voor zover de rechtbank met omverwerping iets anders bedoelt dan een staatsgreep kan haar stelling ten aanzien van het oorspronkelijke art. 121 Sr juist zijn.

Het onderhavige misdrijf was oorspronkelijk opgenomen in art. 122 Sr. Nu dat misdrijf betrekking had op de bescherming van individuele parlementariërs had het nog minder dan art. 121 Sr te maken met de omverwerping van het parlement. Het karakter van de art. 121 en 122 Sr is sinds de invoering van het Wetboek zeker enigszins gewijzigd. Het huidige art. 121 Sr heeft mogelijk als gevolg van die verschillende, in hoofdstuk 4<sup>154</sup> nog te bespreken wijzigingen wel mede betrekking op een ruimer con-

<sup>151</sup> Rb Amsterdam 26 juli 2005, LJN: AU0025.

<sup>152</sup> Met inbegrip van de verwijdering van een enkel lid uit de vergadering van de Staten-Generaal. Een dergelijke verwijdering raakt, nu de orde tijdens de vergadering daardoor onmiskenbaar zal worden verstoord, het gehele functioneren van die vergadering. Dat is bij de misdrijven van art. 122 (oud) Sr niet noodzakelijkerwijs het geval. Die misdrijven kunnen immers ook plaatsvinden zonder dat andere leden van de Staten-Generaal dat merken.

<sup>153</sup> In paragraaf 4.4.1.3 zal blijken dat de wetgever bij art. 121 (oud) Sr oorspronkelijk juist niet dacht aan gevallen van aanslagen tegen het parlement als zodanig (de staatsgreep), maar aan gevallen waar het ging om de beïnvloeding van een enkel besluit of een enkele vergadering. Meer een geval van dwingen van de overheid dan vernietiging of ontwrichting van fundamentele structuren dus.

<sup>154</sup> Daar zal duidelijk worden dat de wetgever van 1952 meende dat (bedreiging met) geweld tegen meerdere parlementsleden wel degelijk op één lijn kan worden gesteld met (bedreiging met) ge-

cept van omverwerping van het parlement, al is dat geenszins evident. Zelfs als dat inderdaad het geval is, lijkt het niet zonder meer gerechtvaardigd, op grond van het enkele feit dat de beide strafbepalingen inmiddels zijn samengevoegd, dit, al dan niet bestaande rechtsbelang, van de strafbaarstellingen die oorspronkelijk waren opgenomen in art. 121 Sr tevens aan te merken als een rechtsbelang dat tevens wordt beschermd door de gedragingen die oorspronkelijk waren opgenomen in art. 122 Sr.

Moet hier dan uit worden afgeleid dat de rechtbank art. 121 Sr zodanig heeft miskend dat zij ten onrechte heeft aangenomen dat dit misdrijf gepleegd kan worden met het oogmerk om bepaalde fundamentele structuren ernstig te ontwrichten? Die vraag zou mogelijk bevestigend beantwoord moeten worden indien aangenomen moet worden dat van een dergelijke ontwrichting slechts sprake kan zijn indien het beoogde gevolg van het terroristisch misdrijf een omverwerping van het parlement in de betekenis van een staatsgreep is. Een dergelijke beperkte uitleg van het oogmerk om ernstig te ontwrichten, ligt niet voor de hand. Hiervoor werd gesteld dat het oogmerk om bepaalde basisstructuren te vernietigen of ernstig te ontwrichten aansluit bij de misdrijven die zich richten tegen bepaalde fundamentele staatsorganen als zodanig, terwijl het oogmerk om een overheid tot enig doen, nalaten of dulden te dwingen juist eerder betrekking leek te hebben op de beïnvloeding van een enkel besluit of een enkele vergadering.

In de onderhavige zaak kan uit het gepubliceerde vonnis niet ondubbelzinnig worden afgeleid waarop het oogmerk van de verdachte met betrekking tot de bedreiging en verhinderende van Hirs Ali was gericht. Indien zou kunnen worden aangenomen dat de feitelijke gevolgen van deze misdrijven (enkele maanden haar werk als kamerlid niet kunnen doen) ook door de verdachte zijn beoogd, is als het ware sprake van een soort tussencategorie. Enerzijds is het oogmerk van de verdachte op meer gericht dan de enkele beïnvloeding van een enkele vergadering of een enkel besluit. Anderzijds beoogt hij met deze misdrijven nog niet een staatsgreep teweeg te brengen. Meest voor de hand liggend is deze categorie onder *ernstige ontwrichting* van fundamentele structuren te rubriceren.<sup>155</sup> Of de rechtbank deze categorisering heeft gebruikt is allerminst zeker. Zij zou wel kunnen verklaren dat en hoe de rechtbank tot haar oordeel is gekomen, al had de motivering een stuk duidelijker kunnen zijn.

### *De moord*

Ook de moord op Van Gogh werd volgens de rechtbank mede gepleegd met het oogmerk om de fundamentele politieke en/of constitutionele structuur van Nederland ernstig te ontwrichten. De als derde geciteerde overweging uit de motivering van de strafoplegging duidt erop dat de verdachte naar het oordeel van de rechtbank tot zijn daad was gekomen vanuit de overtuiging dat het zijn plicht was om een ieder die zich via de media beledigend over de profeet uitlaat te doden.

Gegeven het feit dat de vrijheid van meningsuiting een constitutioneel beschermd recht is dat van groot gewicht wordt geacht voor het functioneren van een democrati-

---

weld tegen het parlement als geheel. Die opvatting zal daar worden verworpen wegens haar juridische onhoudbaarheid. Daarenboven was in de onderhavige zaak geen sprake van (bedreiging met) gewelddadigheden tegen meerdere parlementsleden.

<sup>155</sup> Hetzelfde geldt voor de staatsgreep die erop gericht is een nieuw staatsbestuur dat op de bestaande leest is geschoeid in het zadel te helpen. De staatsgreep die er juist op gericht is een geheel nieuw soort samenleving met een geheel ander soort bestuur teweeg te brengen zou dan kunnen worden aangemerkt als de *vernietiging* van die structuren.



sche samenleving en gegeven het feit dat juist de media bij het uiten en ontvangen van meningen een prominente rol spelen, zouden bij ernstige misdrijven uit hoofde van een dergelijke geloofsovertuiging bepaalde fundamentele structuren van Nederland in het geding kunnen komen.

Wanneer misdrijven gepleegd worden met het oogmerk om de vrijheid om meningen die de dader onwelgevallig zijn via de media te uiten aan te tasten, kan goed verdedigd worden dat deze misdrijven worden gepleegd met het oogmerk om de fundamentele constitutionele of politieke structuren van Nederland ernstig te ontwrichten. Dat geldt met name wanneer de betreffende meningen betrekking hebben op een onderwerp dat zich in veel politieke en maatschappelijke aandacht mag verheugen. Juist ten aanzien van dergelijke onderwerpen moet een ieder zich vrij voelen om met zijn ongecensureerde mening bij te dragen aan de collectieve meningsvorming van het publiek debat.

Van Gogh droeg met omstreden films en ongezouten meningen in weinig diplomatieke termen bij aan het publiek debat over onderwerpen die van groot politiek en maatschappelijk belang worden geacht.

Het doelbewust door middel van een misdrijf uit de opsomming art. 83 Sr<sup>156</sup> een voornamelijk participant aan het publiek debat uit dat debat trachten te verwijderen, levert dan een terroristisch misdrijf op. In dat verband kunnen ook de in de hiervoor als vierde geciteerde passage genoemde factoren een rol hebben gespeeld. Het feit dat de verdachte meent dat de democratie strijdig is met de wetten van Allah kan, mede in het licht van de ernst die hij ten aanzien van de door hem veronderstelde religieuze plicht uit de derde overweging heeft getoond, aanleiding vormen te veronderstellen dat de verdachte niets na zal laten dat aan de val van die democratie zal kunnen bijdragen. Daartoe behoort uiteraard het ondermijnen van het publieke en politieke debat.<sup>157</sup>

De rechtbank heeft in haar vonnis niet expliciet vastgesteld of gemotiveerd dat het oogmerk van de verdachte gericht was op het frustreren van het publieke debat dat voor het door hem zo verfoeide democratisch bestel van zo een groot gewicht is. Dit laat onverlet dat deze verdedigbare redenering bij haar dictum een rol gespeeld zou kunnen hebben.

Dat de in de eerst geciteerde passage omstandigheden een echte rol hebben gespeeld bij het oordeel dat het oogmerk van de verdachte was gericht op de ernstige ontwrichting van bepaalde fundamentele structuren van Nederland lijkt overigens zeer onwaarschijnlijk. De feitelijke vaststelling dat de daden van de verdachte een destabiliserende werking hebben gehad, volstaat vanzelfsprekend niet voor het bewijs dat het ook de bedoeling van de verdachte was om bepaalde structuren te ontwrichten. Reden om de passage desalniettemin te citeren, is gelegen in het feit dat zij mijns inziens een treffend voorbeeld verschaft van het ernstig ontwrichten van fundamentele sociale structuren.<sup>158</sup> Wanneer misdrijven uit de opsomming van art. 83 Sr worden gepleegd met de

<sup>156</sup> Hiermee doel ik tevens op misdrijven die niet in art. 83 Sr maar wel in één van de in art. 83 Sr wel genoemde bepalingen worden genoemd. Art. 157 Sr komt in art. 83 Sr niet voor. Deze bepaling wordt echter genoemd in art. 176a Sr dat in art. 83 onderdeel 2° Sr als terroristisch misdrijf wordt aangemerkt.

<sup>157</sup> Vanzelfsprekend moet hierbij wel de hand gehouden worden aan de eis dat tussen het misdrijf en het terroristisch oogmerk een directe band bestaat. De dader moet het misdrijf begaan hebben ter verwezenlijking van het terroristisch oogmerk.

<sup>158</sup> Ook het feit dat het oogmerk om fundamentele sociale structuren ernstig te ontwrichten niet

bedoeling om zodanige spanningen uit te lokken tussen verschillende groepen in de samenleving dat deze groepen elkaanders scholen en kerken in brand trachten te steken, kan mijns inziens goed worden volgehouden dat sprake is van terroristische misdrijven. Over het antwoord op de vraag in hoeverre de hierboven omschreven feiten, omstandigheden en interpretaties werkelijk van belang zijn geweest voor de rechtbank in de vorming van haar oordeel dat de verdachte verschillende van de door hem gepleegde misdrijven pleegde met het oogmerk om de fundamentele politieke en / of constitutionele structuren van Nederland ernstig te ontwrichten, kan op grond van het gepubliceerde verkorte vonnis slechts gespeculeerd worden. Naar het mij voorkomt zou het oordeel dat verdachte met dat oogmerk heeft gehandeld op basis van het voorstaande goed verdedigbaar zijn, mits hij de door de rechtbank vastgestelde feiten en omstandigheden ook daadwerkelijk heeft beoogd.

### Hofstad

In de zaak tegen veertien leden van de Hofstadgroep waaruit hiervoor, in paragraaf 2.2.1.1, reeds werd geciteerd, werd bewezen verklaard dat verschillende leden hadden deelgenomen aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van terroristische misdrijven (art. 140a Sr), meer bepaald bedreiging met terroristische misdrijven (285 lid 3 Sr). Hier zou dat oogmerk mede gericht zijn geweest op de vernietiging van bepaalde fundamentele structuren. Alhoewel de motivering ook hier niet overdreven uitgebreid genoemd kan worden, lijkt met grotere zekerheid vastgesteld te kunnen worden hoe de rechtbank invulling geeft aan de derde variant van het terroristisch oogmerk.

De rechtbank stelt allereerst vast dat de Hofstadgroep kan worden aangemerkt als *een samenwerkingsverband van voldoende structuur en duurzaamheid om te kunnen spreken van een organisatie in de betekenis die daaraan in de rechtspraak over artikel 140 Sr. is gegeven*. Vervolgens bereikt de rechtbank de conclusie dat het oogmerk van de organisatie onder meer was geschriften in de openbaarheid te brengen waarvan de inhoud als bedreiging in de zin van art. 285 Sr is aan te merken. De organisatie heeft daarmee het oogmerk tot het plegen van misdrijven. Bedreiging is een terroristisch misdrijf wanneer gedreigd wordt met een terroristisch misdrijf, zo blijkt uit art. 285 lid 3 j° art. 83 onder 3° Sr. Dat brengt dus mee dat de bedreigingen betrekking moeten hebben op een misdrijf of misdrijven uit de opsomming van art. 83 Sr met een terroristisch oogmerk. Dat betekent niet dat de bedreiging met een terroristisch oogmerk gepleegd moet worden maar dat de misdrijven waarmee gedreigd wordt wanneer zij gepleegd worden, geacht zouden moeten worden met een terroristisch oogmerk gepleegd te zijn. Over de misdrijven waarmee gedreigd wordt en het oogmerk waarmee die misdrijven geacht moeten worden gepleegd te zijn wanneer zij werkelijk gepleegd zouden worden, overweegt de rechtbank het volgende:

In diverse bij de leden van de groep aangetroffen geschriften, waarvan enkele zojuist zijn geciteerd, wordt duidelijk te verstaan gegeven dat een gewelddadige revolutie zal worden teweeggebracht, gericht op het omverwerpen van de democratische rechtsorde. Ten aanzien van het geweld wordt daarin ondubbelzinnig gesproken over het doden van ongelovigen in het algemeen en enkele politici in het bijzonder, zulks met ge-

---

bewezen is verklaard, vormt een aanwijzing dat deze passage bij de vaststelling van het terroristisch oogmerk geen rol heeft gespeeld.

bruikmaking van het zwaard en door middel van martelaren. Tevens wordt in de geschriften gesproken over de grote angst die door dit alles teweeg zal worden gebracht. Een en ander kan niet anders worden verstaan dan bedreigingen met moord met een terroristisch oogmerk, te weten het vernietigen van politieke en constitutionele structuren en het aanjagen van ernstige vrees bij de bevolking.<sup>159</sup>

De rechtbank stelt vast dat onder meer bedreigd wordt met dodelijke levensdelicten, zowel tegen burgers als tegen politici te begaan. Behoudens in het onderhavige verband irrelevante uitzonderingen als kindermoord (art. 291 Sr), kinderdoodslag (art. 290 Sr) en levensberoving op verzoek (art. 293 Sr) gaat het dan om misdrijven die als terroristisch misdrijf moeten worden aangemerkt wanneer zij worden begaan met een terroristisch oogmerk (art. 289 j° art. 83 onder 1° Sr en art. 288a j° art. 83 onder 3° Sr). Die aangekondigde levensdelicten zullen volgens die geschriften gepleegd worden met het oogmerk om de democratische rechtsorde omver te werpen. Dat oogmerk vertaalt de rechtbank als het oogmerk om politieke en constitutionele structuren te vernietigen. Op dat oordeel van de rechtbank valt weinig af te dingen.

### Conclusie rechtspraak

Concluderend kan worden gesteld dat volgens de rechtspraak aangaande de derde variant van het terroristisch oogmerk sprake is van het oogmerk om structuren te *vernietigen* wanneer misdrijven worden gepleegd om de democratische rechtsorde als zodanig omver te werpen. Van het oogmerk die structuren *ernstig te ontwrichten* is sprake wanneer het doel van het betreffende misdrijf is om een bepaalde politicus (of bepaalde politici) zodanig te intimideren dat hij (of zij) zich niet langer vrij voelt om naar eigen inzicht zijn (of hun) werk te doen. Met name bij het oogmerk om structuren te ontwrichten is het onderscheid met de tweede variant van het terroristisch oogmerk (het oogmerk een overheid te dwingen) subtiel. In ieder geval is sprake van het ontwrichten van structuren als een bepaalde politicus gedurende een langere periode zijn werk niet kan doen. Hoe hard die eis van een zekere periode is, valt niet met zekerheid te zeggen.

#### 2.2.4.4 Stelselmatigheid als criterium

Hoe kan, met inachtneming van de parlementaire geschiedenis van de WTM, de misdrijven ter bescherming van de staat en de hiervoor besproken rechtspraak het onderscheid tussen de tweede en de derde variant van het terroristisch oogmerk het trefendst worden weergegeven?

Volstaat voor het oogmerk om structuren *ernstig* te ontwrichten bijvoorbeeld dat een misdrijf als bedoeld in art. 83 Sr wordt gepleegd met het oogmerk om een politicus eenmalig het werken onmogelijk te maken?

Eenzijds valt niet goed in te zien waarom een kortdurende inbreuk op fundamentele waarden van onze democratische rechtsstaat niet zou kunnen worden aangemerkt als een ernstige ontwrichting van fundamentele politieke of constitutionele structuren. Als een misdrijf erop gericht is een politicus monddood te maken of te verhinderen dat hij zich van zijn taken kwijt in het college waarvan hij deel uitmaakt, is het doel van

<sup>159</sup> Compilatie van vonnissen in de zaak van veertien verdachten van de zogenaamde Hofstadgroep, Rb Rotterdam (nevenvestigingsplaats 's-Gravenhage, zitting houdende te Amsterdam), 10 maart 2006, LJN: AV5108.

dat misdrijf om de effectuering van verschillende Grondwetsbepalingen te frustreren. Zo wordt het belang van het voor een ieder Grondwettelijk gegarandeerde recht om vrijelijk zijn gedachten of gevoelens te uiten (art. 7 Gw) voor leden van de Kamers der Staten-Generaal, ministers, staatssecretarissen en andere personen die deelnemen aan de beraadslaging in de vergaderingen van de Staten-Generaal nog eens extra benadrukt. Art. 71 Gw bepaalt dat deze personen niet in rechte kunnen worden vervolgd of aangesproken voor hetgeen zij in die vergadering hebben gezegd. In het politieke besluitvormingsproces moeten politici zich vrij voelen om alles te zeggen wat zij van belang achten. Eén van de voornaamste plaatsen van het voor het functioneren van de democratie zo essentiële publieke debat is uiteraard de plaats waar de vertegenwoordigers van het gehele Nederlandse volk (art. 50 Gw) in het openbaar (art. 66 lid 1 Gw) van gedachten wisselen. Ten aanzien van de stemming door de leden van Staten-Generaal bepaalt art. 67 lid 3 Gw dat zij zonder last plaatsvindt. Waar beoogd wordt door middel van een misdrijf uit de opsomming van art. 83 Sr de gelding van dergelijke centrale noties van de democratische rechtsstaat illusoir te maken, zal toch snel gesproken kunnen worden van het oogmerk om fundamentele constitutionele structuren ernstig te ontwrichten.

Anderzijds lijkt uitgesloten dat deze variant van het terroristisch oogmerk zo ruim kan zijn bedoeld dat daar tevens alle gevallen onder begrepen moeten worden waarin beoogd wordt een politicus zodanig te beïnvloeden dat hij bij een enkel besluitvormingsproces (beraadslaging en stemming) anders handelt dan hij zonder last zou hebben gedaan. Dan zou de tweede variant van het terroristisch oogmerk immers geen zelfstandige betekenis meer hebben.<sup>160</sup> In paragraaf 2.2.3.3 bleek immers dat voor de aanwezigheid van het oogmerk een overheid tot enig doen, laten of dulden te dwingen het dwingen van een enkele parlementariër reeds kan volstaan. Tegen het feit dat in sommige gevallen het dwingen van een bepaalde overheidsfunctionaris tegelijkertijd het oogmerk om een overheid te dwingen en het oogmerk om bepaalde fundamentele structuren ernstig te ontwrichten kan opleveren, bestaan op zich zelf weinig bezwaren. Dat zou evenwel niet zo ver moeten gaan dat in alle gevallen waarin het oogmerk om een overheid te dwingen aanwezig is tevens sprake is van het oogmerk om fundamentele structuren ernstig te ontwrichten. Dan zou de tweede variant van het terroristisch oogmerk volstrekt overbodig zijn. Dat kan de bedoeling niet geweest zijn.

Het komt mij geraden voor om eerst dan van ernstige ontwrichting van fundamentele politieke en / of constitutionele structuren te spreken in verband met de verhindering van politici om hun werk te doen wanneer daarin een element met een zeker stelselmatig karakter te vinden is.<sup>161</sup> Dat element kan dan betrekking hebben op een zeker tijdsverloop maar ook op een meervoudigheid van plaatsen of van slachtoffers op een enkel moment.

<sup>160</sup> Dat geldt dan in ieder geval op het niveau van de Kamers der Staten-Generaal, op het hoogste niveau van de centrale overheid derhalve. Op provinciaal en gemeentelijk niveau is dat wellicht ten aanzien van de beraadslaging minder evident maar geldt dat tevens ten aanzien van de stemming nu ook ten aanzien van de leden van provinciale staten en de gemeenteraad Grondwettelijk is vastgelegd dat zij zonder last stemmen (art. 129 lid 6 Gw). Alhoewel niet met zoveel woorden in de Grondwet verankerd, moet toch worden aangenomen dat de besluitvormingsvrijheid van de regering (en gedeputeerde staten en het college van burgemeester en wethouders) van zodanig belang is dat grove inbreuken daarop een ernstige ontwrichting van fundamentele politieke (en / of constitutionele) structuren kan opleveren.

<sup>161</sup> Voor het *oogmerk* om te ontwrichten is dan vereist dat die stelselmatigheid ook bedoeld is.

Bij dat laatste zou bijvoorbeeld kunnen worden gedacht aan het gelijktijdig voor een enkele dag een meerderheid van de leden van de Tweede Kamer verhinderen een vergadering van die Kamer bij te wonen. Wanneer dat geschiedt met het oogmerk om in algemene zin te verhinderen dat de Kamer die dag beraadslaagt of besluiten neemt<sup>162</sup>, is sprake van het oogmerk om de fundamentele constitutionele en politieke structuren van Nederland ernstig te ontwrichten. Wanneer hetzelfde misdrijf wordt gepleegd met de bedoeling slechts het nemen van een bepaald besluit onmogelijk te maken, is sprake van het oogmerk om een overheid te dwingen iets niet te doen. Ten slotte is ook een gelijktijdige aanwezigheid van beide oogmerken denkbaar. Daarvan is sprake indien in algemene zin de onmogelijkheid van de Kamer om te beraadslagen en te besluiten wordt nagestreefd terwijl het gekozen moment verband houdt met een concreet besluit waarvan de dader(s) niet wil(len) dat het (op dat moment) genomen wordt.

Een pluriformiteit van plaatsen kan als zelfstandig criterium van belang zijn wanneer geen sprake is van (menselijke) slachtoffers, zoals bij gevaarzettingsdelicten waarvan een bepaald gevaar te duchten is dat zich niet heeft verwezenlijkt.<sup>163</sup> Van stelselmatigheid naar tijd is sprake indien een enkel politicus gedurende enige tijd<sup>164</sup> als gevolg van het betreffende misdrijf zijn taken als parlementariër niet kan uitvoeren zoals het geval was met Ayaan Hirsi Ali in de zaak Van Gogh.

Daarbij mag niet uit het oog verloren worden dat de geëiste stelselmatigheid invulling geeft aan de feitelijke ernstige ontwrichting terwijl het bij het terroristisch oogmerk altijd gaat om de bedoeling bepaalde fundamentele structuren ernstig te ontwrichten. Als de stelselmatigheid (naar tijd en / of slachtoffer en / of plaats) is beoogd, is sprake van een terroristisch oogmerk. Of het gepleegde misdrijf heeft geleid of zelfs maar had kunnen leiden tot die ontwrichting doet dan niet meer ter zake. Andersom geldt dat, ongeacht het antwoord op de vraag hoe ontwrichtend de gevolgen van het betreffende misdrijf waren, als de ernstige ontwrichting niet beoogd was van deze variant van het terroristisch oogmerk geen sprake kan zijn.

Welke beoogde gevolgen behelzen dan een ontwrichting van fundamentele structuren die in verband met de hier bepleite eis van stelselmatigheid als onvoldoende ernstig moet worden aangemerkt? Logischerwijs zal dan bijvoorbeeld gedacht moeten aan het geval dat een enkel lid van een vertegenwoordigend lichaam wordt verhinderd aanwezig te zijn bij een enkele vergadering. Daarmee wordt uiteraard een democratisch proces gefrustreerd. Die frustratie is evenwel niet van dien aard dat van een ernstige ontwrichting kan worden gesproken.

Indien een eenmalige kortstondige verhindering wel is beoogd maar deze geen verband houdt met de beïnvloeding van een concreet besluit(vormingsproces)<sup>165</sup> zal dan dus geen sprake kunnen zijn van een terroristisch oogmerk. Is dat bezwaarlijk? Mijns inziens niet. Allereerst is de strafrechtelijke relevantie van het terroristisch oogmerk

<sup>162</sup> Indien niet tenminste de helft van het aantal leden aanwezig is, kan de Kamer volgens art. 67 lid 1 Gw niet beraadslagen en besluiten.

<sup>163</sup> Vaak treedt er dan wel materiële schade op. De gelaedeerden zouden dan als slachtoffer kunnen worden aangemerkt. Als alle zaken (bijvoorbeeld gebouwen) evenwel toebehoren aan dezelfde eigenaar (bijvoorbeeld de staat) levert dit criterium geen bruikbare toetssteen op.

<sup>164</sup> Een algeheel minimum is daarbij lastig te geven. Ook andere omstandigheden dan de enkele duur kunnen bij het oordeel dat al dan niet van stelselmatigheid sprake is een rol spelen.

<sup>165</sup> Een dergelijk verband lijkt immers een *conditio sine qua non* voor het bestaan van de tweede variant van het terroristisch oogmerk.

beperkt tot gevallen waarin een misdrijf uit de opsomming van art. 83 Sr wordt gepleegd. Het ontbreken van het terroristisch oogmerk kan dus slechts als problematisch worden ervaren wanneer één van die misdrijven is gepleegd. Dan kan dus nog wel voor het betreffende misdrijf zonder terroristisch oogmerk worden vervolgd en bestraft. Het is dus zeker niet zo dat het feit dat niet van een terroristisch misdrijf sprake is, meebrengt dat de dader straffeloos blijft.<sup>166</sup> Vraag kan dan hooguit zijn of in dergelijke gevallen de strafverhoging die door de WTM voor terroristische misdrijven mogelijk wordt gemaakt in dergelijke gevallen niet zal worden gemist. Zullen niet te veel 'terroristen' buiten het bereik van de WTM blijven? Naar het mij voorkomt is dat niet het geval. Gevallen waarin een terroristische aanslag of actie gericht is op het gedurende een enkele dag een politicus verhinderen vrij en onbelemmerd zijn taak te vervullen zonder dat de dader de totstandkoming van een bepaald besluit wil frustreren of uitlokken, lijken mij eenvoudigweg niet bestaansbaar. Welk doel kan men daarmee hebben. Een dergelijk doel lijkt eerder bij een ludieke actie te passen dan bij een terroristische actie, zij het dat de misdrijven uit de opsomming van art. 83 Sr in algemene zin minder ludiek zijn.<sup>167</sup>

### 2.2.4.5 Afsluiting

De derde variant van het terroristisch oogmerk vertoont een zekere verwantschap met de tweede variant. Ook misdrijven die worden begaan met de derde variant van het terroristisch oogmerk zullen in veel gevallen gericht zijn tegen de overheid. In ieder geval is sprake van het oogmerk om de fundamentele politieke en constitutionele structuren van Nederland te vernietigen wanneer de dader met het misdrijf de omverwerping van de democratische rechtsorde beoogt.

Soms is het onderscheid met de tweede variant van het terroristisch oogmerk echter subtieler. Zo is voor de verwezenlijking van ieder van beide oogmerken goed denkbaar dat een geweldsmisdrijf tegen een politicus wordt begaan. Voor het oogmerk om de fundamentele politieke en / of constitutionele structuren van een land ernstig te ontwrichten zou in dergelijke gevallen geëist moeten worden dat in de bedoeling van de dader een element met een zeker stelselmatig karakter te vinden is. Dat element kan dan betrekking hebben op een zeker tijdsverloop maar ook op een meervoudigheid van plaatsen of van slachtoffers op een enkel moment.

### 2.2.5 Afsluiting

Omtrent de precieze inhoud van het terroristisch oogmerk is nog veel onduidelijk. Als vaststaand lijkt te kunnen worden aangenomen dat *oogmerk* in art. 83a Sr de betekenis heeft van bedoeling. De dader moet dus werkelijk de bedoeling hebben gehad (een deel van) de bevolking ernstige vrees aan te jagen, een overheid ergens toe te dwingen of bepaalde structuren te vernietigen of te ontwrichten. Dat het misdrijf dat gevolg niet heeft gehad doet niet ter zake. Als het misdrijf dat gevolg wel heeft gehad en de dader

<sup>166</sup> Een uitzondering daarop vormen de vormen van strafbare samenspanning die met de inwerking-treding van de WTM zijn ingevoerd. In het licht van de kritiek die op die invoering van die vormen van strafbare samenspanning in paragraaf 3.3.2 nog aan de orde zal komen, kan mijns inziens zeer wel worden volgehouden dat aan dat gevolg meer voor- dan nadelen kleven.

<sup>167</sup> Alhoewel over de goede smaak van een dergelijke 'ludieke actie' wel degelijk kan worden getwist, lijkt het niet per definitie uitgesloten dat misdrijven als vrijheidsberoving met vrijlating na een dag (art. 282 en 282b Sr) of bedreiging (art. 285 leden 1 en 3 Sr) bij wijze van grap worden begaan.

dat gevolg slechts heeft voorzien of had moeten voorzien kan niet gezegd worden dat hij met een terroristisch oogmerk handelde.

De invoeging van *wederrechtelijk* in het terroristisch oogmerk was bedoeld om te verzekeren dat actievoerders en demonstranten buiten de werking van de WTM te houden. Dat effect zal die invoeging niet sorteren. In het beste geval wordt de werking van de WTM door die invoeging niet nodeloos gecompliceerd of zelfs gefrustreerd. Om te verzekeren dat de werking van de WTM niet gefrustreerd wordt door de invoeging van *wederrechtelijk* zou die wederrechtelijkheid in art. 83a Sr zo min mogelijk zelfstandige betekenis moeten hebben. De interpretatie waarbij *wederrechtelijk* wordt ingevuld aan de hand van het gepleegde misdrijf komt aan die eis tegemoet. De wens om actievoerders buiten de WTM te houden, had de wetgever wel kunnen realiseren door voor terroristische misdrijven te eisen dat zij *door hun aard of context een land of internationale organisatie ernstig kunnen schaden*.

Invoeging van het terroristisch oogmerk behelst niet de introductie van een motief in het Nederlandse strafrecht. Evenmin betreft het een strafverhoging op louter morele gronden. Wel moet worden vastgesteld dat de band tussen het oogmerk en het misdrijf niet altijd even sterk is. De rechtspraak lijkt wel te eisen dat de dader het misdrijf pleegde ter verwezenlijking van het terroristisch oogmerk pleegde. Dat de dader in algemene zin een dergelijk oogmerk heeft, volstaat dus niet voor het bewijs dat hij ook het concrete misdrijf met dat oogmerk heeft gepleegd. Zo lang de rechter deze eis blijft stellen, behoeft de toepassing van de WTM niet strijdig te zijn met bestaande strafrechtelijke uitgangspunten.

Minder duidelijkheid bestaat over de omvang van het deel van de bevolking waar het oogmerk om ernstige vrees aan te jagen op moet zien. Evenmin is duidelijk onder welke omstandigheden een individuele functionaris kan worden aangemerkt als *overheid* en wanneer een overheid wordt gedwongen iets te *dulden*. Tenslotte bestaat onzekerheid over het antwoord op de vraag wat moet worden verstaan onder het *ontwrichten* van structuren. In deze paragraaf is geprobeerd op dergelijke vragen een antwoord te formuleren dat aansluit op de ratio van de strafverhoging in verband met de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk.

Met de inwerkingtreding van de WTM is tevens voorzien in strafverhogingen voor (terroristische) misdrijven die (tevens kunnen) worden begaan met een ander oogmerk dan het terroristisch oogmerk. Het betreft dan het *oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken*. Die misdrijven en dat oogmerk worden in de paragrafen hieronder besproken.

### 2.3 Strafbare feiten in verband met terroristische activiteiten

In paragraaf 1.4.2 kwam reeds aan de orde dat het Kaderbesluit naast de verplichting tot strafbaarstelling van de *terroristische misdrijven* van art. 1 Kaderbesluit en van de *strafbare feiten met betrekking tot een terroristische groep* van art. 2 Kaderbesluit tevens de verplichting bevat om *strafbare feiten in verband met terroristische activiteiten* (art. 3 Kaderbesluit) strafbaar te stellen.

### 2.3.1 De verplichtingen van het Kaderbesluit

Het gaat hierbij om een drietal misdrijven dat als strafbaar feit in verband met terroristische activiteiten aangemerkt dient te worden wanneer het misdrijf is *gepleegd met het oogmerk om* (een terroristisch misdrijf) *te verwezenlijken*. De betreffende misdrijven zijn *gekwalficeerde diefstal, afpersing en het valselijk opmaken van administratieve documenten*.

Voor gekwalificeerde diefstal en afpersing geldt dat sprake is van een activiteit in verband met terroristische activiteiten zodra het misdrijf wordt gepleegd ter verwezenlijking van één van de in art. 1 lid 1 Kaderbesluit opgesomde terroristische misdrijven. Indien het gaat om de verwezenlijking van de deelneming aan een terroristische groep als bedoeld in art. 2 lid 2 onder b Kaderbesluit (bijvoorbeeld diefstal van geld om activiteiten van die groep te financieren) of om de verwezenlijking van uitlokking van een terroristisch misdrijf (art. 4 lid 1 Kaderbesluit; bijvoorbeeld afpersing van geld om een huurmoordenaar mee in te huren) is dus geen sprake van een strafbaar feit in verband met terroristische activiteiten.

Bij het valselijk opmaken van administratieve documenten als strafbaar feit in verband met terroristische activiteiten geldt dat, anders dan bij de gekwalificeerde diefstal en afpersing, geen sprake is van een misdrijf in verband met terroristische activiteiten in de zin van het Kaderbesluit indien het misdrijf wordt gepleegd met het oogmerk een terroristische bedreiging (art. 1 lid 1 onder i Kaderbesluit) te verwezenlijken. Dit laatste misdrijf kan als strafbaar feit in verband met terroristische activiteiten, anders dan de gekwalificeerde diefstal en afpersing, wél betrekking hebben op de deelneming aan terroristische groep als bedoeld in art. 2 lid 2 onder b Kaderbesluit.

De verplichting om de feiten van art. 3 Kaderbesluit in het nationale recht strafbaar te stellen, is neergelegd in art. 5 lid 1 Kaderbesluit. Het Kaderbesluit bevat ten aanzien van deze feiten met betrekking tot de sanctienormen overigens weinig concrete verplichtingen.<sup>168</sup> Ten aanzien van deze feiten geldt slechts de vage algemene verplichting van art. 5 lid 1 Kaderbesluit. Op de betreffende feiten moeten *doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende straffen* gesteld worden *die kunnen leiden tot uitlevering*. Slechts de verplichting om te voorzien in een sanctienorm die aanleiding kan geven tot uitlevering houdt een concrete verplichting in. Voor Nederland betekent deze verplichting echter niet meer dan dat de feiten bedreigd moeten worden met een vrijheidsstraf van ten minste een jaar.<sup>169</sup> De straffen die voor deze feiten kunnen worden opgelegd liggen overigens beduidend hoger.

### 2.3.2 Nederlandse implementatie

De Nederlandse implementatie van art. 3 j° art. 5 lid 1 Kaderbesluit heeft, blijkens de als bijlage bij de memorie van toelichting bij het voorstel voor de WTM gevoegde transponeringstabel<sup>170</sup>, plaatsgevonden in de art. 225, 311 en 312 Sr. Aan al deze bepalingen is een lid of onderdeel toegevoegd waarin een hogere straf op het betreffende

<sup>168</sup> Ten aanzien van rechtsmacht en vervolging bevat het Kaderbesluit wel concrete verplichtingen voor deze feiten.

<sup>169</sup> Art. 5 lid 1 onder a Uitleveringswet (Uw), tenzij het toepasselijke verdrag iets anders bepaalt (zie bijvoorbeeld art. 2 lid 1 Benelux Uitleveringsverdrag dat uitlevering tussen de Beneluxlanden mogelijk maakt indien een gevangenisstraf van zes maanden of meer kan worden opgelegd).

<sup>170</sup> TK 2001–2002, 28463, nr. 3, p. 16 (Bijlage 2).



feit wordt gesteld *indien het feit wordt gepleegd met het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken*.<sup>171</sup>

Art. 225 lid 3 Sr verhoogt de sanctienorm voor de valsheid in geschrifte van het eerste lid of het gebruik van vervalste geschriften van het tweede lid met een derde wanneer het feit met het onderhavige oogmerk is gepleegd. Art. 311 Sr bevat een strafverhoging met de helft zoals regel is in geval van strafverhoging in verband met het feit dat een misdrijf wordt begaan met een terroristisch oogmerk. Het gaat op deze plaats echter niet om het terroristisch oogmerk. In paragraaf 2.4 zal evenwel nog blijken dat de wetgever op andere plaatsen het terroristisch oogmerk en het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken soms in één adem noemt en daaraan ook dezelfde rechtsgevolgen verbindt.

Art. 311 Sr bedreigt een aantal gevallen van gekwalificeerde diefstal met zes jaren gevangenisstraf. In art. 310 Sr is de gewone diefstal met vier jaren gevangenisstraf bedreigd. Dan gaat het dus om een strafverhoging met de helft. Art. 312 lid 2 onderdeel 5° Sr bevat daarentegen weer een strafverhoging van een derde. De verschillende onderdelen van het tweede lid van art. 312 Sr bevatten misdrijven die gekwalificeerd zijn ten opzichte van het eerste lid van die bepaling. De diefstal met (bedreiging met) geweld van het eerste lid wordt bedreigd met negen jaren gevangenisstraf. De verschillende onderdelen van het tweede lid kennen een sanctienorm van twaalf jaren gevangenisstraf. Dat betreft dus strafverhoging met een derde. Door de aanpassing van art. 312 Sr werd ook verzekerd dat de afpersing van art. 317 Sr met twaalf jaren gevangenisstraf wordt bedreigd. Het derde lid van art. 317 Sr verklaart het tweede en derde lid van art. 312 Sr immers van overeenkomstige toepassing op art. 317 Sr. Omdat de 'gewone' afpersing van art. 317 lid 1 Sr met een gevangenisstraf van negen jaren wordt bedreigd, gaat het ook hier om een strafverhoging met een derde.

### 2.3.3 Afsluiting

De strafbaarstelling van de *strafbare feiten in verband met terroristische activiteiten* heeft bij de parlementaire behandeling van de WTM weinig aandacht getrokken. Dat is te begrijpen. Zowel in kwalitatieve als in kwantitatieve zin gaat het om een tamelijk beperkte wijziging van het Nederlandse strafrecht. Andere wijzigingen die met de WTM werden voorgesteld hebben terecht meer aandacht voor zich opgeëist. De Nederlandse implementatie van art. 3 j° art. 5 lid 1 Kaderbesluit lijkt ook adequaat. *Het oogmerk om een (terroristisch misdrijf) te verwezenlijken* lijkt met het bestanddeel *het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken* volledig gedekt. Ook voor het overige valt op deze wijzigingen weinig aan te merken.

Voor zover kritiek denkbaar is, zal deze gericht zijn op het feit dat de strafverhogingen voor de aanwezigheid van het onderhavige oogmerk noch in relatieve zin (verhoging uitgedrukt in procenten) noch in absolute zin (strafverhoging uitgedrukt in aantal jaren gevangenisstraf) uniform is. Dat is evenwel minder een gevolg van de WTM dan van de bestaande strafbepalingen.

De WTM heeft slechts gebruik gemaakt van de reeds bestaande sanctienormen van de betreffende leden. Tussen de gronden voor strafverhoging in art. 311 lid 1 en in art.

<sup>171</sup> De geciteerde zinsnede betreft het ingevoegde art. 312 lid 2 onderdeel 5°. De overige bepalingen zijn vergelijkbaar geredigeerd.

312 lid 2 Sr bestonden altijd reeds grote overeenkomsten.<sup>172</sup> De keuze van de wetgever om de strafbaarstelling van strafbare feiten in verband met terroristische activiteiten in deze leden neer te leggen, was een logische en een juiste. Hooguit kan de wetgever dan verweten worden dat de inconsistentie van strafverhogingen voor hem geen reden was bij die gelegenheid de strafverhoging in heroverweging te nemen. In ieder geval kan niet gezegd worden dat de WTM hier breekt met het bestaande systeem van het materiële strafrecht of daarin inconsistenties introduceert.

## **2.4 Andere strafbaarstellingen van misdrijven met het oogmerk terroristische misdrijven voor te bereiden of gemakkelijk te maken**

Dit hoofdstuk zal worden afgesloten met een bespreking van terroristische misdrijven waarvan de redactie zowel aansluit op die van het ideaaltypische terroristisch misdrijf (begaan met een terroristisch oogmerk) als op die van de strafbaarstellingen van de *strafbare feiten in verband met terroristische activiteiten* begaan met het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken.

Deze misdrijven verschillen in twee opzichten van de hiervoor besproken strafbaarstellingen van de *strafbare feiten in verband met terroristische activiteiten*. Allereerst betreft dat het oogmerk. De misdrijven die in deze paragraaf centraal staan kunnen zowel met een terroristisch oogmerk als met *het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken* worden begaan. Daarnaast, en dat hangt met het eerste verschil samen, zijn de misdrijven die hier aan de orde komen terroristische misdrijven. Het eerste lid van art. 311, het tweede lid van art. 312 en het derde lid van 225 Sr worden niet genoemd in art. 83 Sr. De misdrijven die in de onderhavige paragraaf centraal staan, zijn wel opgenomen in art. 83 Sr.

Hieronder zullen de betreffende misdrijven en hun strafverhogingen worden besproken. Vervolgens zal de rol van het terroristisch oogmerk in deze strafbaarstellingen kritisch tegen het licht worden gehouden. Tenslotte zal de aandacht worden verlegd naar het voorbereidende en faciliterende aspect van deze bepalingen.

### **2.4.1 De strafbaarstellingen van terroristische misdrijven die worden begaan met het oogmerk een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken**

De misdrijven waar het hier om draait worden opgesomd in art. 83 onderdeel 3° Sr. Het betreft de strafbaarstellingen van art. 55 lid 5 Wet wapens en munitie (WWM)<sup>173</sup>, art. 6 lid 4 Wet economische delicten (WED)<sup>174</sup>, art. 33b Wet explosieven voor civiel gebruik (WECCG)<sup>175</sup> en art. 79 Kernenergiewet (KEW)<sup>176</sup>.

Volgens het vijfde lid van art. 55 WWM wordt overtreding van een aantal verbodsbepalingen uit die wet bestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren indien het feit wordt begaan met een terroristisch oogmerk of met het oogmerk om een terroris-

<sup>172</sup> Art. 311 lid 2 onderdeel 3° Sr en art 312 lid 2 onderdeel 1° Sr, art. 311 lid 2 onderdeel 4° Sr en art 312 lid 2 onderdeel 2° Sr en art. 311 lid 2 onderdeel 5° Sr en art 312 lid 2 onderdeel 4° Sr waren immers altijd al (nagenoeg) gelijk.

<sup>173</sup> Wet van 5 juli 1997, Stb. 1997, 292; inwerkingtreding 11 juli 1997.

<sup>174</sup> Wet van 22 juni 1950, Stb. 1950, K258; inwerkingtreding 1 mei 1951.

<sup>175</sup> Wet van 7 juli 1994, Stb. 1994, 552; inwerkingtreding 1 oktober 1994.

<sup>176</sup> Wet van 21 februari 1963, Stb. 1963, 82; inwerkingtreding 1 januari 1970.

tisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken. Het betreft dan het vervaardigen, transformeren (art. 9 lid 1 en art. 13 lid 1 WWM), in- en uitvoeren (art. 13 lid 1 en art. 14 lid 1 WWM), voorhanden hebben (art. 13 lid 1 en art. 26 lid 1 WWM) en overdragen (art. 13 lid 1 en art. 31 lid 1 WWM) van wapens en munitie. De strafverhoging die door de WTM in verband met de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk of het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken voor de betreffende gedragingen tot stand is gebracht, is variabel.

Enkele van de gedragingen die in art. 55 lid 5 WWM met een gevangenisstraf van acht jaren worden bedreigd wanneer zij worden begaan met een terroristisch oogmerk of met het oogmerk een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken, worden zonder dat oogmerk bedreigd met een gevangenisstraf van slechts drie of negen maanden. Het betreft de gedragingen van de eerste twee leden van art. 55 WWM voor zover zij niet onder de daaropvolgende leden gekwalificeerd kunnen worden. In veel gevallen zal het derde lid toepasselijk zijn. Dan kan een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren worden opgelegd. Dat betekent dus dat de sanctienorm van art. 55 WWM tenminste verdubbelt wanneer het feit wordt begaan met een terroristisch oogmerk of met het oogmerk een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken.

Het nieuwe vierde lid van art. 6 WED stelt een gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren op overtreding van een aantal bepalingen uit de Uitvoeringswet biologische wapens<sup>177</sup> en de Uitvoeringswet chemische wapens<sup>178</sup> indien het feit opzettelijk is begaan met een terroristisch oogmerk of met het oogmerk een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken. De opzettelijke overtreding van de genoemde voorschriften is strafbaar gesteld in art. 1 onderdeel 1° j° art. 2 lid 1 j° art. 6 lid 1 onderdeel 1° WED.

Bij afwezigheid van het terroristisch oogmerk en het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken worden deze feiten bedreigd met zes jaren gevangenisstraf. De strafverhoging behelst in dit geval dus een derde.

Art. 33b WECG stelt een gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren op het *vervaardigen, opslaan, gebruiken, overbrengen, verkrijgen, ter beschikking stellen, voorhanden hebben of verhandelen van explosieven of andere ontplofbare stoffen* indien deze handelingen plaatsvinden met een terroristisch oogmerk of met het oogmerk een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken.

De meest voor de hand liggende verbodsbepaling in deze wet om aan te merken als het commune basisdelict betreft art. 17 lid 1 WECG. Volgens deze bepaling is het verboden om zonder erkenning explosieven te vervaardigen, op te slaan, te gebruiken, over te brengen of te verhandelen.<sup>179</sup> Volgens art. 1 onderdeel 2° j° art. 2 lid 1 j° art. 6 lid 1

<sup>177</sup> Wet van 25 maart 1981, tot uitvoering van artikel IV van het op 10 april 1972 te Londen, Moskou en Washington tot stand gekomen Verdrag tot verbod van de ontwikkeling, de produktie en de aanleg van voorraden van bacteriologische (biologische) en toxinewapens en inzake de vernietiging van deze wapens, Stb. 1981, 187.

<sup>178</sup> Wet van 8 juni 1995, houdende regels betreffende de uitvoering van het Verdrag tot verbod van de ontwikkeling, de produktie, de aanleg van voorraden en het gebruik van chemische wapens en inzake de vernietiging van deze wapens, Stb. 1995, 338.

<sup>179</sup> In de meest gevallen zullen personen die een terroristisch oogmerk willen verwezenlijken of een terroristisch misdrijf willen voorbereiden of faciliteren voor een dergelijke erkenning vanzelfsprekend niet in aanmerking komen. Mocht de dader van het betreffende feit toch over een erkenning beschikken dan lijkt niets aan toepassing van art. 55 lid 5 WWM in de weg te staan.

onderdeel 2° WED kan overtreding van deze verbodsbepaling worden bestraft met een gevangenisstraf van twee jaren. Wanneer één van deze gedragingen plaatsvindt met een terroristisch oogmerk of om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken, vindt dus verviervoudiging van de sanctienorm plaats.

Art. 79 KEW stelt een groot aantal gedragingen strafbaar met betrekking tot radioactieve stoffen, splijtstoffen en ertsen, uitrustingen om voer- en vaartuigen door middel van kernenergie voort te bewegen, inrichtingen waarin kernenergie kan worden vrijgemaakt en toestellen die ioniserende straling uitzenden. Ook hier betreft het uiteraard weer gedragingen met een terroristisch oogmerk of met het oogmerk om een terroristisch misdrijf als bedoeld in artikel 83 van dat wetboek voor te bereiden of gemakkelijk te maken. Dit feit wordt bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren.

De gedragingen van art. 79 KEW zijn in strijd met de art. 15, 29 lid 1, 31 of 34 KEW indien zij zonder vergunning of in strijd met de aan een vergunning verbonden voorschriften worden verricht.<sup>180</sup> Overtreding van die voorschriften is verboden, als misdrijf aangemerkt en strafbaar gesteld art. 1a onderdeel 1° j° art. 2 lid 1 j° art. 6 lid 1 onderdeel 1° WED. Zonder enig bijkomend oogmerk zullen deze gedragingen doorgaans met zes jaren gevangenisstraf worden bedreigd. Deze gedragingen worden bedreigd met vijftien jaren gevangenisstraf indien zij worden begaan met een terroristisch oogmerk of met het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken. Ten opzichte van deze strafbaarstellingen in art. 6 lid 1 onderdeel 1° WED bevat art. 79 KEW dus een vertweeëneenhalfvoudiging van de toepasselijke sanctienorm.

In de betreffende strafbaarstellingen wordt geen onderscheid gemaakt tussen de situatie waarin de feiten worden begaan met een terroristisch oogmerk en die waarin de feiten worden begaan met het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken. Daarenboven valt op dat de strafverhogingen voor de verschillende misdrijven zeer sterk variëren en dat zij soms wel heel erg fors zijn.

#### **2.4.2 Het terroristisch oogmerk en het oogmerk een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken**

In het navolgende zal de vraag aan de orde komen waarom de wetgever bij deze feiten voor deze afwijkende redactie heeft gekozen. Vervolgens zal worden gezien welke invulling aan deze redactie is gegeven in de rechtspraak. Tenslotte zal een eigen interpretatie worden verdedigd.

---

<sup>180</sup> Dat een vergunning wordt verleend aan iemand die een terroristisch oogmerk wil verwezenlijken of een terroristisch misdrijf wil voorbereiden of faciliteren, lijkt ondenkbaar. Doet een dergelijke situatie zich toch voor dan zal nauwelijks denkbaar zijn dat de vergunningvoorschriften niet worden overtreden. Krachtens art. 31 lid 1 KEW hebben de voorschriften bij de vergunning van art. 29 lid 1 betrekking op de bescherming van mensen, dieren, planten en goederen. Art. 21 lid 1 KEW machtigt ten aanzien van gedragingen die onder art. 15 KEW aan het vereiste van een vergunning zijn onderworpen tot het stellen van nadere regels in het belang van onder meer de bescherming van mensen, dieren, planten en goederen en de veiligheid van de staat.

### 2.4.2.1 De wetgever

De memorie van toelichting stelt over de strafbaarstelling van deze misdrijven als terroristische misdrijven dat deze rechtstreeks voortvloeit uit het Kaderbesluit.<sup>181</sup> Kennelijk wordt daarmee dan de strafverhoging voor het geval dat de betreffende gedragingen met een terroristisch oogmerk zijn gepleegd bedoeld. Buiten de strafbaarstelling van de hiervoor beschreven *strafbare feiten in verband met terroristische activiteiten* kent het Kaderbesluit niet de verplichting tot strafverhoging in verband met de aanwezigheid van het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of te faciliteren.

De toelichting merkt vervolgens op dat de strafbaarstellingen vooral betekenis hebben als de gedraging plaatsvindt met het oogmerk om een later te plegen terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken. Meestal zal het *voorhanden hebben van vuurwapens* immers geen vreesaanjagend karakter hebben (bedoeld zal zijn dat de gedragingen meestal niet plaats zullen vinden met het oogmerk om vrees aan te jagen), alleen al omdat dit in het geheim plaatsvindt. Om die reden is de wetgever zelf zo voortvarend geweest om *in de geest van het Kaderbesluit* te voorzien in strafverhoging voor het geval dat deze misdrijven worden gepleegd om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken.<sup>182</sup> Naar aanleiding van vragen<sup>183</sup> die betrekking hebben op bewijsproblemen ten aanzien van het terroristisch oogmerk bij dit soort feiten herhaalt de minister dit standpunt in de eerste kamer ten aanzien van *strafbaarstelling van het voorhanden hebben van bepaalde stoffen of voorwerpen in de Kernenergiewet*. Deze gedragingen vinden meestal heimelijk plaats en zullen dus in de regel niet met een terroristisch oogmerk begaan worden. De strafbaarstelling richt zich vooral op de bevordering of het gemakkelijk maken van terroristische misdrijven.<sup>184</sup>

De constatering dat het Kaderbesluit verplicht tot de strafbaarstelling van deze terroristische misdrijven is juist.<sup>185</sup> Het Kaderbesluit verplicht er volgens art. 1 lid 1 f) j° art. 5 lid 2 immers toe *het vervaardigen, bezit, verwerven, vervoer, leveren of het gebruik van vuurwapens, springstoffen, kernwapens, biologische en chemische wapens* in geval het misdrijf wordt begaan met een terroristisch oogmerk met een hogere straf te bedreigen dan kan worden opgelegd wanneer zodanig oogmerk ontbreekt. Het feit dat het Kaderbesluit tot die strafverhoging verplicht, lijkt ook de enige reden te zijn dat de minister haar voorstelt. Hij verwacht van die strafbaarstelling eigenlijk niets. De minister maakt zowel in de Eerste als in de Tweede Kamer immers duidelijk dat de waarde van deze strafbaarstelling er voor hem vooral in gelegen is dat ook sprake is van een terroristisch misdrijf indien de gedraging plaatsvindt om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken. Niet alleen geeft hij geen enkel voorbeeld van een geval waarin deze gedragingen met een terroristisch oogmerk worden verricht, hij lijkt dergelijke voorbeelden eigenlijk niet goed voorstelbaar te achten.

<sup>181</sup> TK 2001–2002, 28463, nr. 3, p. 8.

<sup>182</sup> TK 2001–2002, 28463, nr. 3, p. 8.

<sup>183</sup> EK 2003–2004, 28463, nr. B, p. 10.

<sup>184</sup> EK 2003–2004, 28463, nr. C, p. 12.

<sup>185</sup> Zoals steeds het geval is met de terroristische misdrijven van het eerste lid van art. 1 Kaderbesluit voert die verplichting niet zo ver dat feiten die in de wetgeving van de betreffende lidstaat niet strafbaar zijn strafbaar gesteld moeten worden. Voor zover de betreffende feiten wel strafbaar zijn gesteld moeten zij met een hogere straf worden bedreigd wanneer zij zijn begaan met een terroristisch oogmerk.

De conclusie lijkt te moeten zijn dat de strafverhoging in verband met de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk alleen in deze strafbepalingen is opgenomen omdat het Kaderbesluit daartoe verplicht. De wetgever ziet de waarde van deze bepalingen vooral in de strafverhoging wanneer de feiten worden begaan met het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken.

#### 2.4.2.2 Rechtbank Rotterdam (Piranha)

De rechtbank Rotterdam kwalificeerde in de zogenaamde piranhazaak het bezit van een vuurwapen dat door terreurverdachte Samir Azzouz<sup>186</sup> getoond werd in een videoboodschap waarin hij in traditionele kledij de Nederlandse bevolking dreigend toesprak, als het voorhanden hebben van dat vuurwapen met een terroristisch oogmerk nu de videoboodschap bedoeld was om geopenbaard te worden en de Nederlandse bevolking vrees aan te jagen. Volgens de rechtbank maakte de combinatie van het vuurwapen, de inhoud van de boodschap en de traditionele kledij de boodschap dreigend. Daardoor maakte het vuurwapen een substantieel deel uit van de aankleding van de boodschap.<sup>187</sup>

Alhoewel op het oordeel van de rechtbank naar de letter van de wet weinig valt af te dingen, komt deze uitleg mij onjuist voor. De verwezenlijking van het terroristisch oogmerk zou immers geen gevolg zijn van het voorhanden hebben van het vuurwapen doch van de bedreiging. Het voorhanden hebben van het vuurwapen sec kan niet leiden tot de verwezenlijking van dat oogmerk. Indien in de videoboodschap met terroristische misdrijven werd gedreigd, zou de rechtbank eveneens art. 55 lid 5 WWM hebben kunnen toepassen. De bedreiging met een terroristisch misdrijf (strafbaar gesteld in art. 285 lid 3 Sr) is volgens art. 83 onder 3° immers zelf een terroristisch misdrijf. In de onderhavige zaak was de bedreiging niet voltooid en was evenmin reeds een strafbare poging ondernomen. De vervaardiging van de videoboodschap waarin de bedreiging is vervat levert wel voorbereiding van die bedreiging op. Omdat die bedreiging met zes jaren gevangenisstraf wordt bedreigd, is voorbereiding ervan (in de zin van art. 46 Sr) niet strafbaar. Art. 55 lid 5 WWM is evenwel tevens van toepassing wanneer de gedraging plaatsvindt om een terroristisch misdrijf (met inbegrip van art. 285 lid 3 Sr) voor te bereiden of gemakkelijk te maken. Indien in de videoboodschap niet met een terroristisch misdrijf wordt gedreigd, zou art. 55 lid 5 WWM mijns inziens niet toepasselijk moeten zijn. Slechts een veroordeling wegens niet-terroristisch misdrijf zou dan mogelijk moeten zijn.

Wanneer het misdrijf op zich zelf onder de gegeven omstandigheden niet kan leiden tot de verwezenlijking van het oogmerk is de band tussen beide niet sterk genoeg om een veroordeling wegens terroristisch oogmerk op te baseren. De conclusie moet zijn dat, ondanks de uitspraak van de rechtbank, het plegen van misdrijven als hier bedoeld met een terroristisch oogmerk niet goed denkbaar is.

<sup>186</sup> Deze uitspraak dient niet verward te worden met eerdere uitspraken van dezelfde rechtbank in zaken tegen dezelfde verdachte; rechtbank Rotterdam, 6 april 2005, LJN: AT3315 (Samir A.) en rechtbank Rotterdam, 10 maart 2006, LJN: AV5108 (Hofstadgroep).

<sup>187</sup> Rb Rotterdam 1 december 2006, LJN: AZ3589 (Piranha).

### 2.4.2.3 De band tussen het oogmerk en de gedraging

In paragraaf 2.2.1.3 werd over het terroristisch oogmerk opgemerkt dat het geen (strafrechtelijk ontoelaatbaar) motief maar een ‘echt’ oogmerk is. Het gebruik van oogmerkbestanddelen in strafbepalingen is niets nieuws. Tegen het gebruik van oogmerkbestanddelen als voorwaarde voor strafbaarheid bestaan doorgaans ook geen bezwaren. Zo is voor diefstal (art. 310 Sr) vereist dat de dader enig goed (dat ook nog eens (ten dele) aan een ander toebehoort) wegneemt met het oogmerk zich dat wederrechtelijk toe te eigenen. Het wegnemen van een goed zonder de aanwezigheid dat (of enig ander in een delictsomschrijving neergelegd) oogmerk is in beginsel niet strafbaar. Ook bij diefstal wordt de strafwaardigheid van het feit dus mede opgehangen aan het oogmerk waarmee wordt gehandeld. Waarom zou het terroristisch oogmerk dan niet op dezelfde wijze invulling kunnen geven aan de strafwaardigheid en de strafbaarheid van een gedraging als het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening dat doet in de delictsomschrijving van art. 310 Sr?

In paragraaf 2.2.1.3 kwam aan de hand van de stelling van Van der Wilt dat het terroristisch oogmerk eigenlijk een motief behelst reeds aan de orde dat de band tussen gedraging en oogmerk bij diefstal (en andere misdrijven waarbij enig oogmerk voorwaarde is voor strafbaarheid) veel sterker is dan bij terroristische misdrijven. Alhoewel op die plaats geconcludeerd werd dat het terroristisch oogmerk geen ontoelaatbaar motief inhoudt, kon het bestaan van een aantal knelpunten niet ontkend worden. Het betrof daarbij het feit dat het oogmerk geen (althans veel minder dan bijvoorbeeld bij diefstal) betrekking heeft op een gevolg dat naar ervaringsfeiten en uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging is te verwachten.<sup>188</sup> Op het moment dat de betreffende gedraging niet tot de verwezenlijking van het oogmerk zal kunnen leiden, is de band tussen beide zodanig zwak dat de betreffende strafbaarstelling dubieus wordt.

De aanwezigheid van het oogmerk kan dan vanzelfsprekend niet uit de gedraging en de wijze waarop of de omstandigheden waaronder deze werd verricht worden afgeleid. Dan is het terroristisch oogmerk dus ook niet verbonden aan de daad maar aan de dader.<sup>189</sup> In het beste geval betekent dit dat de strafbaarstelling nooit wordt toegepast omdat gewoonweg niet mogelijk of praktisch denkbaar is dat de betreffende gedraging ter verwezenlijking van een terroristisch oogmerk wordt begaan. In het slechtste geval leidt het stellen van de gedraging door iemand bij wie *in algemene zin* (dus los van de betreffende gedraging) het terroristisch oogmerk aanwezig geacht wordt tot een veroordeling wegens terroristisch misdrijf. Dan is sprake van een ‘Gesinnungsstrafrecht’.

Bij de meeste terroristische misdrijven is evident dat de handeling dienstbaar kan zijn aan de verwezenlijking van het terroristisch oogmerk. Als gezegd is voor daderschap

<sup>188</sup> Het praktisch belang van dit knelpunt werd overigens sterk gerelativeerd door erop te wijzen dat de band tussen misdrijf en oogmerk door de gekozen wijze van uitvoering van dat misdrijf voldoende kan en, in de regel, zal worden verzekerd.

<sup>189</sup> Dat is hooguit anders in het hypothetische geval dat de dader zelf wel geloofde dat zijn daad tot de verwezenlijking van het terroristisch oogmerk zou leiden. Die mogelijkheid blijft hier verder buiten beschouwing. In paragraaf 2.2.1.3 werd over die situatie opgemerkt dat het bewijs dat de dader handelde met een terroristisch oogmerk in die situaties doorgaans niet te leveren zal zijn. De veroordeling wegens terroristisch misdrijf werd op die plaats voor dergelijke situaties dubieus genoemd. Hier gaat het dus om strafbaarstellingen van terroristische misdrijven die alleen op een dergelijke dubieuze wijze kunnen worden toegepast.

bij terroristische misdrijven niet vereist dat met het misdrijf daadwerkelijk de bevolking ernstige vrees wordt aangejaagd, de overheid wordt gedwongen of basisstructuren worden vernietigd. Alle terroristische misdrijven lijken echter wel tot de verwezenlijking van tenminste één van deze oogmerken te kunnen leiden. Zo is het goed denkbaar dat bij een gruwelijke moord op een willekeurig slachtoffer een zekere vrees wordt opgewekt bij bepaalde leden van de bevolking. Bij een gijzeling kan het zo maar gebeuren dat de overheid zich tot enig doen of nalaten gedwongen voelt. De geschiktheid van de daad om dit oogmerk te verwezenlijken, rechtvaardigt dan ook mede de hogere strafdreiging die de aanwezigheid van het oogmerk meebrengt. Hiervoor bleek dat de minister zich geen enkele voorstelling lijkt te kunnen maken van, bijvoorbeeld, het bezit van kernmateriaal met een terroristisch oogmerk. Dat duidt erop dat de band tussen gedraging en oogmerk zo zwak is dat de strafbaarstelling in het beste geval nooit zal worden toegepast. Onder die omstandigheden kan de strafverhoging voor deze misdrijven niet worden gerechtvaardigd.

#### 2.4.2.4 Interpretatie van de delictsomschrijving

Probleem met de betreffende misdrijven is dat het Kaderbesluit de keiharde verplichting tot strafverhoging bevat. Deze verplichting kan niet worden genegeerd. Dat betekent dat het schrappen van het terroristisch oogmerk uit de betreffende delictsomschrijvingen geen mogelijkheid is. Zou deze mogelijkheid wel hebben bestaan dan zou het benutten daarvan mijns inziens aangewezen zijn geweest.

Onder de huidige omstandigheden dienen de betreffende delictsomschrijvingen zo uitgelegd te worden dat voor een veroordeling wegens één van deze misdrijven vereist is dat de dader met de in de delictsomschrijving omschreven gedraging zelfstandig de verwezenlijking van het oogmerk nastreefde.

Die relatie wordt ook bij andere terroristische misdrijven, volkomen terecht, geëist. De wijze waarop het misdrijf wordt uitgevoerd speelt vanzelfsprekend een voornamelijk rol bij de vaststelling dat het misdrijf werd begaan met een terroristisch oogmerk.<sup>190</sup> De wijze van uitvoering bepaalt daarenboven uiteraard mede de geschiktheid om het terroristisch oogmerk te verwezenlijken. Dat laat onverlet dat het misdrijf zelf kan leiden tot de verwezenlijking van het terroristisch oogmerk. Wat dat betreft is er een subtiel verschil tussen de ideaaltypische terroristische misdrijven en de misdrijven die in deze paragraaf centraal staan.

Dat verschil wordt duidelijk door een vergelijking van de piranhazaak met de zaak Mohammed B., waaraan hiervoor reeds werd gerefereerd. De rechtbank Amsterdam betrok als relevante omstandigheden voor het oordeel dat de moord op Van Gogh werd gepleegd met een terroristisch oogmerk mede dat de moord werd gepleegd *in een drukke straat, tijdens spitsuur, op een bekende Nederlander, en op een gruwelijke wijze*. Dit zijn omstandigheden waaronder de moord werd begaan. Daarnaast speelde een rol dat de verdachte een dreigbrief aan de Nederlandse bevolking in het algemeen en een Kamerlid in het bijzonder had achtergelaten op het lichaam van de cineast. Ten slotte benadrukte de rechtbank dat de verdachte ook dreigende taal had geroepen naar een omstander. Deze laatste twee omstandigheden leveren vormen van (strafbare) bedrei-

<sup>190</sup> Zo bleek aan de hand van de zaak Mohammed B. in paragraaf 2.2.2.2.



ging op. De bedreiging van het Kamerlid werd zelfs gekwalificeerd als het misdrijf van art. 121 Sr. Dat misdrijf is niet (zonder meer) van een geringere ernst dan de moord zelf. De wijze waarop het misdrijf van art. 121 Sr werd begaan stond evenwel volledig in het teken van de moord. Het was daaraan ook ondergeschikt.<sup>191</sup> Onder die omstandigheden verzet niets zich ertegen dat dit misdrijf als omstandigheid aan de hand waarvan het terroristisch oogmerk wordt ingevuld wordt aangemerkt.

Bij het verboden vuurwapenbezit in de piranhazaak is dit fundamenteel anders. De bedreiging die op de videoband was vastgelegd, waaruit de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk werd afgeleid, was geen omstandigheid waaronder het misdrijf verboden vuurwapenbezit plaatsvond. Integendeel, hooguit<sup>192</sup> stond het vuurwapenbezit in het teken van de bedreiging die door de vervaardiging van de video-opname werd voorbereid.

Om die reden zou het de rechtbank wel vrijstaan hebben om tot veroordeling wegens vuurwapenbezit met het oogmerk om een terroristisch misdrijf (te weten bedreiging met een terroristisch misdrijf) voor te bereiden of gemakkelijk te maken. Voorwaarde daarvoor zou wel geweest zijn dat de rechtbank had vastgesteld dat het vuurwapenbezit in het teken van de bedreiging stond.

De uitleg van het terroristisch oogmerk die hier wordt voorgestaan past derhalve beter bij de betekenis die dat oogmerk heeft in de delictsomschrijvingen van de ideaaltypische terroristische misdrijven. Die uitleg past ook beter bij de visie van de wetgever. De wetgever kon zich immers praktisch niet voorstellen hoe de misdrijven van de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW met een terroristisch oogmerk zouden kunnen worden begaan. In de hier verdedigde interpretatie is ook nauwelijks voorstelbaar dat deze misdrijven met een terroristisch oogmerk worden begaan. In zoverre bestaat dus zeker overeenstemming met de visie van de wetgever.

Het feit dat de misdrijven eigenlijk nimmer geacht kunnen worden met een terroristisch oogmerk begaan te zijn, heeft als praktische consequentie dat de dubieuze rol die het terroristisch oogmerk speelt bij deze misdrijven in de praktijk niet problematisch hoeft te zijn. Dat is een voordeel. Tegelijkertijd wordt aan de verplichting tot strafbaarstelling van het Kaderbesluit volledig voldaan.

## **2.4.3 De sanctienormen**

De art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED en 33b WECG kennen een sanctienorm van acht jaren gevangenisstraf. Art. 79 KEW wordt bedreigd met vijftien jaren gevangenisstraf. Hieronder zal allereerst uiteengezet worden op welke gronden de wetgever deze sanctienormen heeft vastgesteld. Vervolgens zullen deze gronden op hun houdbaarheid worden beoordeeld. Tenslotte zullen voor deze misdrijven andere sanctienormen worden verdedigd.

### **2.4.3.1 Motivering van de sanctienormen door de wetgever**

De wetgever heeft de sanctienormen van de misdrijven van de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW nauwelijks gemotiveerd. Deze strafbaarstellingen

<sup>191</sup> Niet alleen de rechtbank zal dit zo ervaren hebben. Ook de samenleving, en waarschijnlijk de verdachte (al laat zijn stilzwijgen andere mogelijkheden open) zelf ook, zag de moord als hét misdrijf. Al het andere, met inbegrip van het misdrijf van art. 121 Sr, was daaraan ondergeschikt.

<sup>192</sup> Zeker is dit niet omdat de rechtbank daaromtrent, zoals hiervoor bleek, niets heeft vastgesteld.

hebben in algemene zin weinig aandacht gekregen bij de behandeling van het voorstel voor de WTM.

De hoge sanctienorm van art. 79 KEW wordt door de minister gerechtvaardigd door erop te wijzen dat deze straf in overeenstemming is met de grote gevaren die uit terroristische misdrijven die met kernenergie verband houden kunnen voortvloeien.<sup>193</sup> Over de vaststelling van de sanctienormen van de soortgelijke bepalingen (steeds acht jaren gevangenisstraf) zwijgt hij. Hij besteedt geen enkele aandacht aan het feit dat de verhoging van sanctienormen geen enkele relatieve consistentie kent terwijl juist de relatieve strafverhoging (verhoging met de helft) bij de overige terroristische misdrijven centraal staat.

Dat grote gevaren zijn verbonden aan radioactief materiaal is onmiskenbaar juist. Aan het bestaan van een werkelijke dreiging dat radioactief materiaal voor een terroristische aanslag gebruikt zal worden is in (internationale) literatuur over terrorisme vrij veel aandacht besteed. Over de gegrondheid van de vrees van de internationale gemeenschap dat een terroristische groepering de beschikking krijgt over een nucleair wapen lopen de meningen sterk uiteen.

#### 2.4.3.2 Gegrondheid van deze motivering

Van gegrondheid van de vrees dat een terroristische groepering de beschikking krijgt over een nucleair wapen is tot op heden niet zonder meer gebleken. Volgens sommigen is die vrees dan ook overdreven. Zij wijzen erop dat het gebruik van atoomwapens niet past in de agenda van terroristische groeperingen. De kans dat zij zich met een dergelijke aanval van hun sympathisanten en sponsors vervreemden of een onevenredige tegenreactie uitlokken zou daarvoor te groot zijn. *Terrorists want a lot of people watching, not a lot of people dead*, zo is in dit verband wel gesteld.<sup>194</sup> Dat laat overigens onverlet dat het dreigen met een dergelijke aanslag wel goed in die agenda kan passen.<sup>195</sup> De moderne religieus fundamentalistisch geïnspireerde terroristische groepen zijn overigens, in tegenstelling tot de meer traditionele groepen die meestal strijden voor zelfbeschikking / onafhankelijkheid of voor een egalitaire samenleving, juist wel uit op het maken van zo veel mogelijk willekeurige burgerslachtoffers.<sup>196</sup> Dat hebben ook de aanslagen van 11 september 2001 wel laten zien.<sup>197</sup> Overigens is ook wel ge-

<sup>193</sup> TK 2001–2002, 28463, nr. 3, p. 8.

<sup>194</sup> B.M. Jenkins, Will terrorists go nuclear? A reappraisal, in: H.W. Kushner (red.), *The Future of Terrorism: Violence in the New Millennium*, SAGE Publications, London, 1998, p. 230; B.M. Jenkins, The potential for Nuclear Terrorism, in: A.R. Norton en M.H. Greenberg (red.), *Studies in Nuclear Terrorism*, G.K. Hall & Co., Boston, 1979, p. 169.

<sup>195</sup> R.F.J. Spaaij en F.D. van der Veen, NBC-terrorisme in perspectief, het Tijdschrift voor de Politie, nr. 6, juni 2003, p. 22; Jenkins, The potential for Nuclear Terrorism, o.c., p. 170.

<sup>196</sup> E.R. Muller, Modern terrorisme, het Tijdschrift voor de Politie, nr. 6, juni 2003, p. 14; E.R. Muller, Modern terrorisme en moderne terrorismebestrijding, in: E. van Dongen, M. Groothuis, H. Janssen, M.L. Vermeulen, M. v.d. Vlis (red.), *Terrorismebestrijding met mensenrechten*, Stichting NJCM-boekerij, Leiden, 2005, p. 32, 33, 37; R. de Wijk, Het gevaar van succes in de strijd tegen terrorisme, Justitiële Verkenningen, jrg. 30 (2004), nr. 3, p. 47; P. Wilkinson, Enhancing Global Aviation Security, in: Wilkinson and Jenkins (eds.), *Aviation Terrorism and Security*, o.c., p. 152; Hoffman, *Inside terrorism*, o.c., p. 197.

<sup>197</sup> Mohammed Atta, één van de leidende figuren in de aanslagen van 11 september 2001, zou overigens op die dag een vliegtuig een kerncentrale hebben willen invliegen. De andere kapers waren van mening dat de kans van slagen van een dergelijke operatie gering was. Boven kerncentrales is geen luchtverkeer toegestaan. De kans dat het betreffende luchtvaartuig zou worden neergehaald, zou daarom groot zijn (The National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, public report, p. 245).

steld dat het gebruik van ABC-wapens in de meeste gevallen slechts tot een gering aantal slachtoffers zal leiden maar desalniettemin een grote maatschappelijke ontwrichting te weeg zal brengen. Dat kan het gebruik van deze wapens aantrekkelijk maken voor het plegen van een terroristische aanslag.<sup>198</sup>

Zelfs als de bereidheid om dergelijke wapens te gebruiken bestaat, is het volgens sommige experts nog maar de vraag of terroristische groepen in staat zijn deze wapens te verkrijgen en te bedienen.<sup>199</sup>

Anderen menen echter dat de mogelijkheid om in het bezit ervan te komen reëel zou kunnen zijn. Het grootste probleem bij zelffabricage is altijd het verkrijgen van voldoende hoogwaardig uranium-235 of plutonium (een bewerking van uranium-238) geweest. Door het uiteenvallen van de Sovjet-Unie zijn er mogelijk opslagplaatsen van uranium en plutonium onbeheerd geraakt. Dat deze hun weg naar de zwarte markt vinden, kan zeker niet worden uitgesloten.

Aan de andere kant heeft de ervaring geleerd dat staten die kernwapens willen ontwikkelen daarvoor vaak vele jaren en grote investeringen nodig hebben en zelfs dan slagen zij daarin niet steeds.<sup>200</sup> Zelfs wanneer men daarin wel slaagt, is het ongezien plaatsen van raketten met kernkoppen geen sinecure.

Een aanval met een conventionele bom die van een radioactieve lading is voorzien lijkt het meest reële gevaar te zijn.<sup>201</sup> De fabricage van een bom met radioactief materiaal zelf is knap lastig maar voor iemand met een gedegen natuurkundige basiskennis en voldoende doorzettingsvermogen waarschijnlijk niet onmogelijk. Voor een aanval met deze bom (die tenminste duizend kilogram zou wegen) is geen raket of vliegtuig nodig. Een bestelbus zou reeds volstaan.<sup>202</sup> Zelfs als we aan mogen nemen dat de overgrote meerderheid van de aanslagen die met nucleair materiaal zullen worden ondernomen, zal mislukken, kunnen we niet volledig gerustgesteld zijn. Het verwoestende effect van een enkele geslaagde aanslag kan reeds zo groot zijn dat er alle reden is om de dreiging serieus te nemen.<sup>203</sup>

Moet hieruit dan worden geconcludeerd dat de sanctienorm van art. 79 KEW terecht afwijkt van die van de gelijksoortige strafbaarstellingen en dat de sanctienorm terecht zo hoog is vastgesteld? Niet zonder meer.

Allereerst verdient opmerking dat ook andere strafbepalingen zware straffen stellen op het veroorzaken van nucleair gevaar. Art. 161quater Sr stelt straf op de opzettelijke blootstelling van mensen, dieren, planten of goederen aan ioniserende stralen en de opzettelijke besmetting van mensen, dieren, planten, goederen, bodem, water of lucht met radioactieve stoffen. Indien daarvan gevaar voor de openbare gezondheid of levensgevaar voor een ander te duchten is, kan dit feit met vijftien jaren gevangenisstraf

<sup>198</sup> Spaaij en V.d. Veen, NBC-terrorisme in perspectief, o.c., p. 22.

<sup>199</sup> P. Wilkinson, *Terrorism & the Liberal State*, second edition, MacMillan, London, 1986, p. 219, 220; Wilkinson, *Terrorism versus democracy*, o.c., p. 210. Wilkinson kan overigens niet als rechtgeaard 'disbeliever' worden gekwalificeerd. Hij ziet wel degelijk een reëel gevaar. Daar staan volgens hem wel bepaalde praktische moeilijkheden tegenover.

<sup>200</sup> Laqueur, *The new terrorism*, o.c., p. 73.

<sup>201</sup> De Wijk, *Het gevaar van succes in de strijd tegen terrorisme*, o.c. p. 48.

<sup>202</sup> Laqueur, *The new terrorism*, o.c., p. 71.

<sup>203</sup> W. Laqueur, *No end to war, Terrorism in the twenty-first century*, Continuum, London, New York, 2003, p. 227.

worden bestraft. Indien levensgevaar voor een ander van het feit te duchten is en iemand ten gevolge ervan overlijdt, kan levenslange gevangenisstraf worden opgelegd. Door de inwerkingtreding van de WTM kan de straf van vijftien jaren tot levenslang worden verhoogd (art. 176a Sr). Volgens art. 176b Sr zijn ook de samenspanning en voorbereiding tot dit feit strafbaar.<sup>204</sup> Art. 80 lid 1 KEW stelt een gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren op de overtreding van verschillende bepalingen van de KEW (waaronder de vergunningeis) indien daarvan *gevaar voor ernstig lichamelijk letsel voor een ander of aanzienlijke schade aan goederen te duchten is*. Indien van het feit levensgevaar voor een ander te duchten is en iemand ten gevolge daarvan overlijdt, kan levenslange gevangenisstraf worden opgelegd volgens art. 80 KEW. De samenspanning tot deze misdrijven te begaan met een terroristisch oogmerk wordt in het derde lid met tien jaren gevangenisstraf bedreigd. Er zijn derhalve tevens andere strafbaarstellingen die dezelfde gevaren bestrijken en daaraan een forse strafdreiging verbinden. Die bepalingen lijken het veroorzaken van die gevaren ook adequater strafbaar te stellen doordat zij eisen dat ook daadwerkelijk gevaar kan ontstaan door de betreffende gedraging.

Daarenboven blijft onduidelijk waarom de minister dezelfde gevaren niet, of in mindere mate, aanwezig acht bij het bezit van biologische en chemische wapens. Dát hij deze mening is toegedaan blijkt uit het feit dat de strafdreiging van art. 6 lid 4 WED (acht jaren gevangenisstraf) ver achter blijft bij die van art. 79 KEW. Ook deze wapens zijn geëigend om op grote schaal dood en verderf te veroorzaken. Het gevaar dat een terroristische groepering deze wapens in handen krijgt, lijkt overigens groter dan de nucleaire dreiging.<sup>205</sup>

Ook als aangenomen zou moeten worden dat de gevaren van nucleair terrorisme een hogere straf voor art. 79 KEW rechtvaardigen dan kan worden opgelegd voor het bezit van biologische of chemische wapens kan niet zonder meer gezegd worden dat de sanctienorm van art. 79 KEW terecht op vijftien jaren is vastgesteld. Daarvoor zou tenminste vereist zijn dat duidelijk is waarom de sanctienorm van art. 6 lid 4 WED op acht jaren gevangenisstraf is gesteld. De toelichting zwijgt daar, als gezegd, over. Vervolgens zou dan vastgesteld moeten worden dat de toegevoegde ernst van art. 79 KEW een strafdreiging die zeven jaren hoger ligt, kan rechtvaardigen. Ook over die omvang van de strafverhoging zwijgt de toelichting.

Onder deze omstandigheden lijkt de conclusie te moeten zijn dat de vaststelling van de sanctienormen van de strafbaarstellingen die in deze paragraaf centraal staan tamelijk willekeurig heeft plaatsgevonden. Die indruk wordt versterkt door het feit dat nauwelijks een systeem lijkt te ontwaren in de omvang van de strafverhoging ten opzichte van dezelfde gedragingen wanneer het terroristisch oogmerk en het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken afwezig is.

<sup>204</sup> Zie hierover de paragrafen 3.3 en 3.5.3.

<sup>205</sup> Een dergelijke aanslag heeft in 1995 in Tokyo reeds plaatsgevonden. Leden van de religieuze sekte Aum Shinrikyo verspreidde in maart van dat jaar het zenuwgas sarin in het metrostelsel van het ondergrondse metronetwerk. Het aantal dodelijke slachtoffers bleef beperkt (er vielen 12 doden en 5500 gewonden) omdat de gebruikte sarin niet zuiver was, de wijze van verspreiding (plastic zakjes lek prikken) primitief en weinig effectief was en dat de weersomstandigheden erg ongunstig waren voor het lang laten hangen van een gaswolk.

### 2.4.3.3 Alternatieve sanctienormen

De conclusie dat de vaststelling van sanctienormen voor de onderhavige misdrijven tamelijk willekeurig heeft plaatsgevonden brengt op zichzelf niet mee dat de vastgestelde sanctienormen onjuist zijn. De vaststelling van sanctienormen heeft altijd een zekere willekeur. Dat geldt met name bij misdrijven die met lange gevangenisstraffen worden bedreigd. Of een sanctienorm van tien, twaalf of vijftien jaren gevangenisstraf is aangewezen is lang niet altijd duidelijk.

### Een vorm van voorbereiding

De vraag is wel of feiten of omstandigheden kunnen worden aangewezen op grond waarvan een bepaalde sanctienorm wellicht de voorkeur verdient boven andere sanctienormen. Ik meen dat dergelijke feiten en omstandigheden voor de onderhavige misdrijven inderdaad aanwezig zijn.

Allereerst valt op dat de aard van de gedragingen en de stoffen en voorwerpen waar deze gedragingen betrekkingen op hebben sterk verschillen. Zelfs binnen een enkele bepaling (zoals art. 79 KEW) treden die verschillen op. Dat blijkt ook uit de sterke verscheidenheid in sanctienormen bij afwezigheid van het terroristisch oogmerk of het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken. Hiervoor bleek dat die sanctienorm varieert van enkele maanden gevangenisstraf tot zes jaren gevangenisstraf. Toch, en dat is het tweede dat opvalt, zijn er sterke overeenkomsten in de sanctienormen van deze gedragingen wanneer één van beide oogmerken wel aanwezig is. Met uitzondering van art. 79 KEW worden al deze misdrijven bedreigd met acht jaren gevangenisstraf. Dat moet dan wel meebrengen dat die sanctienorm voornamelijk gebaseerd is op de aanwezigheid van dat oogmerk.

Het oogmerk waar het dan om gaat, is het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken. Hiervoor kwam immers al aan de orde dat voor het terroristisch oogmerk, ook in de ogen van de wetgever, bij de toepassing van deze strafbepalingen eigenlijk geen plaats is. Het gaat bij deze gedragingen dus primair om de voorbereiding of facilitering. Het feit dat het wel steeds gaat om gevaarlijke stoffen of voorwerpen is uiteraard wel van belang, dit belang staat echter niet voorop omdat de aard van de handelingen, de aard van de voorwerpen en stoffen en dus de strafbaarheid van de gedraging sec daartoe te veel uiteenloopt.<sup>206</sup>

Vorbereiding is ook strafbaar gesteld in de art. 46 en 96 lid 2 Sr.<sup>207</sup> Met name die laatste strafbepaling kent een redactie die sterke overeenkomsten vertoont met die van de misdrijven die in de onderhavige paragraaf centraal staan. De in art. 96 lid 2 Sr omschreven handelingen moeten worden verricht met het oogmerk om de daar *omschreven misdrijven voor te bereiden of te bevorderen*. Ook daar gaat het om zeer uiteenlopende handelingen. Ook daar ligt dus de nadruk op de voorbereiding en bevordering. Ook art. 46 Sr omvat een groot scala aan gedragingen waarvan de strafbaarheid op zich zelf

<sup>206</sup> In theorie is zelfs denkbaar dat de gedragingen van art. 79 KEW plaatsvinden op een wijze die bij afwezigheid van het terroristisch oogmerk en het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken straffeloos zou zijn. Omdat het dan moet gaan om gedragingen die met een vergunning en zonder overtreding van de daaraan verbonden voorschriften en voorwaarden plaatsvinden, is het vinden van een praktisch voorstelbaar voorbeeld hiervan nauwelijks denkbaar.

<sup>207</sup> Zie over deze bepalingen uitgebreid paragraaf 3.2.

zeer uiteenloopt. Ook voor die bepaling geldt dus dat de strafbaarstelling is opgehangen aan de strafwaardigheid van de voorbereidingshandeling als voorbereidingshandeling.

### **Sanctienormen van voorbereiding**

De straf waarmee de gedragingen van art. 46 Sr worden bedreigd is gekoppeld aan de sanctienorm van het misdrijf dat wordt voorbereid. De voorbereiding kan worden bestraft met de helft van de straf waarmee het voltooid delict wordt bedreigd (art. 46 lid 2 Sr). De voorbereiding en bevordering van art. 96 lid 2 Sr kennen, net als de delicten van de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW een vaste sanctienorm. Deze gedragingen worden bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren. De voorbereiding en bevordering van art. 96 lid 2 Sr zijn evenwel strafbaar gesteld voor misdrijven die allemaal dezelfde sanctienorm kennen, te weten levenslange gevangenisstraf. Ook hier bestaat dus een vaste verhouding tussen de sanctienorm van de voorbereiding of bevordering en die van het misdrijf dat voorbereid of bevorderd wordt.

Dat is anders voor de delicten van de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW. Die misdrijven kunnen bijvoorbeeld worden gepleegd met het oogmerk om een terroristische moord (bedreigd met levenslange gevangenisstraf volgens art. 289 j° art. 83 onderdeel 1° Sr) voor te bereiden of gemakkelijk te maken maar ook met het oogmerk om een terroristische bedreiging (bedreigd met een gevangenisstraf van zes jaren volgens art. 285 lid 3 Sr) voor te bereiden of gemakkelijk te maken.

De constatering van deze discrepantie tussen de voorbereiding in de zin van de art. 46 en 96 lid 2 Sr enerzijds en die van de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW anderzijds compliceert de vaststelling van een geschikte sanctienorm. De voorbereiding van een bedreiging is nou eenmaal minder strafwaardig dan die van een moord. Zij doet echter geen afbreuk aan de hiervoor verdedigde stelling dat de ratio van de onderhavige strafbepalingen primair gelegen is in die voorbereiding.

Het feit dat de gedragingen van deze bepalingen zeer ongelijksoortig zijn in zowel aard als in de stoffen en voorwerpen waarop zij betrekking hebben, staat er aan in de weg dat het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken hier wordt opgevat als een strafverhogende omstandigheid die ondergeschikt is aan de strafbaarheid van de gedraging zelf. Een dergelijke ondergeschiktheid zou de aanvaardbaarheid van een strafverhoging die losstaat van het exacte terroristische misdrijf vergroten.<sup>208</sup> Die enkele omstandigheid is evenwel onvoldoende om te concluderen dat hier van een zodanige ondergeschiktheid sprake is.

### **Sanctienorm van de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW**

Welke sanctienorm zou dan moeten worden vastgesteld voor de strafbaarstellingen van de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW?

<sup>208</sup> Als de sanctienorm slechts een beperkte strafverhoging in verband met die voorbereiding behelst, is de noodzaak om onderscheid te maken naar het precieze terroristische misdrijf minder groot. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de in paragraaf 2.3 besproken Strafbare feiten in verband met terroristische activiteiten.

Vooruitlopend op wat daaromtrent zal worden opgemerkt in paragraaf 3.2.6 zou ik op deze plaats voor al deze misdrijven een sanctienorm van tien jaren willen bepleiten. De sanctienorm loopt daarmee in de pas met art. 96 lid 2 Sr dat een sterk vergelijkbare redactie kent en ook voor veel van dezelfde misdrijven (te weten terroristische misdrijven die met levenslange gevangenisstraf bedreigd worden) toepasselijk is.

Voor de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED en 33b WECG betekent dat dan een strafverhoging met twee jaren. Die strafverhoging is problematisch in verband met het feit dat deze gedragingen, als gezegd, ook kunnen strekken tot het voorbereiden of gemakkelijk maken van minder ernstige terroristische misdrijven dan die waarop art. 96 lid 2 Sr, waaraan de sanctienorm dus ontleend is, ziet. Dat is echter een onvermijdelijk gevolg van het feit dat enerzijds de ratio van deze bepalingen gelegen is in de voorbereiding terwijl anderzijds geen relatie bestaat tussen de sanctienorm van deze voorbereiding en die van het concrete terroristische misdrijf dat wordt voorbereid.

Dit brengt wel mee dat de rechter zich bij toepassing van deze strafbepalingen reenschap moet geven van het feit dat het hier gaat om een bijzondere vorm van voorbereiding waarvan de sanctienorm niet afhankelijk is van die van het concrete terroristisch misdrijf dat wordt voorbereid. Wanneer die voorbereiding betrekking heeft op een terroristisch misdrijf dat niet met levenslange gevangenisstraf wordt bedreigd, zou dat enkele feit voor de rechter wellicht reeds voldoende aanleiding moeten zijn om van de oplegging van de hoogste straf af te zien. Anderzijds geldt voor deze misdrijven natuurlijk wel dat de het feit dat het gaat om gedragingen met betrekking tot zeer gevaarlijke stoffen en voorwerpen de oplegging van een hogere straf rechtvaardigt dan aanvaardbaar zou zijn voor een voorbereidingshandeling die in zich zelf onschuldig is. De sanctienorm die hier wordt voorgesteld biedt de rechter daartoe alle mogelijkheden.

#### **2.4.4.4 Afsluiting**

De terroristische misdrijven die tevens (naast het terroristisch oogmerk) kunnen worden begaan met het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken, vormen een aparte categorie.

De wetgever zat duidelijk met deze categorie in zijn maag. Enerzijds kon hij zich niet of nauwelijks voorstellen dat deze misdrijven ter verwezenlijking van het terroristisch oogmerk werden begaan. Anderzijds was hij wel verplicht tot strafverhoging indien deze feiten met een terroristisch oogmerk worden begaan. Door de invoeging van het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken heeft de wetgever de zelfstandige waarde van het terroristisch oogmerk in deze bepalingen geminimaliseerd. De misdrijven vormen immers ofwel een eerste stap ter verwezenlijking van een veel erger terroristisch misdrijf (en dienen dan dus om dat misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken) ofwel niets meer dan een middel om mee te dreigen (dan moeten zij als bedreiging worden bestraft). De band tussen de gedraging en (de verwezenlijking van) het terroristisch oogmerk is bij deze misdrijven zo zwak dat zij niet geacht moeten kunnen worden met dat oogmerk te zijn begaan.

De sanctienormen van deze strafbepalingen lijken tamelijk willekeurig gekozen zijn. De feiten worden met zeer uiteenlopende straffen bedreigd. Gegeven het feit dat de

nadruk bij deze misdrijven ligt op het feit dat de gedraging wordt verricht met het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken, zou het voor de hand liggen deze feiten met een gelijke straf te bedreigen. Die sanctienorm zou vastgesteld moeten worden op tien jaren gevangenisstraf.

## 2.5 Afsluiting

In dit hoofdstuk zijn de centrale begrippen van de WTM uitvoerig besproken en op onderdelen beoordeeld op hun verenigbaarheid met het systeem van het Nederlandse strafrecht.

Allereerst kwam aan de orde dat de WTM, in de regel, een strafverhoging met de helft introduceert voor bepaalde misdrijven wanneer zij zijn begaan met een terroristisch oogmerk. Indien het betreffende misdrijf zonder dat oogmerk met vijftien jaren gevangenisstraf wordt bedreigd, leidt de aanwezigheid van dat oogmerk ertoe dat een levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd.

Over deze strafverhoging werd opgemerkt dat zij de uitzondering tot regel verheft. Zowel de strafverhoging met de helft als de verhoging van een tijdelijke gevangenisstraf tot een levenslange komt al langer voor in het Nederlandse strafrecht. Die strafverhoging wordt dan steeds in specifieke bepalingen voor specifieke misdrijven op specifieke gronden geregeld. De WTM breekt met deze traditie door in generieke bepalingen voor een zeer groot aantal misdrijven op tamelijk algemene gronden in deze strafverhogingen te voorzien.

Tenslotte werd geconcludeerd dat de noodzaak van de verhoging van een tijdelijke gevangenisstraf van vijftien jaren naar een levenslange gevangenisstraf door de inwerkingtreding van de Wet herijking strafmaxima verdwenen is.

Vervolgens kwamen de inhoud, aard en strekking van het terroristisch oogmerk aan de orde. In dat kader werd uitgebreid stilgestaan bij de invoeging van het woord wederrechtelijk. Over die invoeging werd gesteld dat zij het beoogde doel niet bereikt. Het doel van die invoeging, voorkomen dat actiegroepen en demonstranten die geen ernstige misdrijven plegen, binnen het bereik van de WTM komen, werd door de WTM zonder die invoeging niet minder goed gediend. Als de wetgever op dat punt nog extra waarborgen wilde, en daartoe bestaat op zich best reden, had hij, in lijn met het Kaderbesluit, in de omschrijving van de art. 83 en 83a Sr moeten opnemen dat het bij terroristische misdrijven moet gaan om misdrijven die, gezien hun aard of context, een land of internationale organisatie ernstig kunnen schaden. Dan zou een vervolging wegens terroristisch misdrijf zijn uitgesloten in gevallen waarin een minder ernstig misdrijf (zoals bepaalde vormen van zware mishandeling) werd begaan met het oogmerk om een overheid wederrechtelijk ergens toe te dwingen. In het licht van de herkomst van de WTM (implementatie van het Kaderbesluit dat naar aanleiding van de aanslagen 11 september tot stand kwam) zou dat een verbetering zijn geweest.

Tevens werd geconcludeerd dat het terroristisch oogmerk geen strafrechtelijk ontoelaatbaar motief behelst. Het gaat gewoon om een oogmerk in de betekenis die dat bestanddeel ook op andere plaatsen in het Wetboek heeft. Wel werd geconstateerd dat de band tussen de gedraging en het oogmerk hier zwakker is dan bij veel andere misdrijven. Tevens werd geconcludeerd dat het verzuim om voor het terroristisch misdrijf een objectief equivalent van het terroristisch misdrijf (gezien de aard of context een land of internationale organisatie ernstig kan schaden) als een gemis moet worden be-



schouwd. Zo lang de rechter de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk blijft afleiden uit de wijze waarop het misdrijf is uitgevoerd en niet uit het bestaan van de levensovertuiging van verdachte afleidt dat hij ook het misdrijf wel met dat oogmerk begaan zal hebben, kan evenwel niet gezegd worden dat de WTM straf stelt op het handelen met een bepaald motief.

Over de *strafbare feiten in verband met terroristische activiteiten* tot strafbaarstelling waarvan het Kaderbesluit verplicht, viel weinig op te merken. De strafverhoging voor deze misdrijven met het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken, is niet helemaal consistent.

Tenslotte werd stilgestaan bij de misdrijven van de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW. Deze misdrijven zijn terroristische misdrijven wanneer zij worden begaan met een terroristisch oogmerk of met het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken. Aan de hand van de aard van deze misdrijven en de wetsgeschiedenis van de WTM werd betoogd dat voor veroordeling wegens deze misdrijven begaan met een terroristisch oogmerk geen plaats zou moeten zijn. De band tussen oogmerk en gedraging is in die gevallen te zwak. De strafbaarstelling dient slechts te worden gehandhaafd omdat het Kaderbesluit daartoe verplicht.

De ratio van de Nederlandse strafbaarstellingen moet gezocht worden in de strafbaarstelling van bepaalde voorbereidingshandelingen.

Tevens werd geconcludeerd dat al deze misdrijven bedreigd zouden moeten worden met een gevangenisstraf van tien jaren. Dat is immers in lijn met andere strafbaarstellingen van voorbereidingshandelingen.



### 3     **Uitbreidingen van daderschap en strafbaarheid in de Wet terroristische misdrijven**

Vanuit het besef dat van terroristische aanslagen van het kaliber 11 september 2001 een grote dreiging voor de gehele samenleving uitgaat, worden in de parlementaire stukken bij het wetsvoorstel twee uitgangspunten benadrukt. Het eerste uitgangspunt is dat bestraffing van terroristen mogelijk moet zijn voordat zij hun destructieve plannen ten uitvoer leggen. Voorkomen is immers beter dan genezen. Het tweede is dat alle personen die, op welke wijze ook, bij terroristische activiteiten betrokken zijn, moeten kunnen worden bestraft. Als de voorgestelde aanpassingen lacunes laten, moeten die worden gedicht.<sup>1</sup>

Hieronder zullen vier onderdelen van de WTM die in het kader van deze uitgangspunten bij nota van wijziging aan het wetsvoorstel zijn toegevoegd, worden besproken. Het gaat om achtereenvolgens: de aanpassing van art. 140 Sr en de invoeging van art. 140a Sr (1), veranderingen in de regeling van de strafbare voorbereiding (en bevordering) (2), de uitbreiding van het aantal gevallen van strafbare samenspanning (3) en de strafbaarstelling van rekrutering voor de gewapende strijd (4). Bijzondere aandacht zal daarbij uitgaan naar uitbreidingen van strafbaarheid in temporele zin of tot bijdragen die voorheen onvoldoende relevant werden geacht voor een strafrechtelijke reactie.

In paragraaf 3.5 zal tenslotte aandacht worden besteed aan de gemeengevaarlijke misdrijven. Dit onderwerp staat los van de voorgaande vier in de zin dat het niet gaat om strafbaarstelling van gedrag dat aan het plegen van een aanslag voorafgaat of om strafbaarstelling van gedragingen die met het eigenlijke plegen van een aanslag weinig uit hebben staan. Het gaat gewoon om strafbaarstelling van de aanslag zelf. Toch is behandeling op deze plaats niet ongepast. Allereerst heeft de WTM ten aanzien van een aantal gemeengevaarlijke misdrijven een wijziging meegebracht die ondubbelzinnig bedoeld was om minder strenge eisen te stellen aan de toepasselijkheid van de betreffende strafbepalingen. Daarnaast zijn deze bepalingen altijd al atypisch geweest in die zin dat zij enerzijds strafbaarheid doen ontstaan als van een bepaalde opzettelijke of culpose gedraging slechts een bepaald gevaar te duchten is, ongeacht of het gevaar ook werkelijk verwezenlijkt wordt of zelfs maar ontstaat en ongeacht of de dader dat ontstaan had voorzien terwijl zij anderzijds sanctienormen kennen die bij de verwezenlijking van dat gevaar niet of nauwelijks onder doen voor de sanctienormen die gesteld zijn op het opzettelijk doen intreden van dat gevolg. Ten slotte zal blijken dat er een belangwekkende verhouding bestaat tussen de gemeengevaarlijke terroristische misdrijven en de samenspanning. Omdat samenspanning, als onvolkomen delictvorm, slechts in relatie tot een concreet delict strafbaar kan zijn (art. 80 Sr bevat geen strafbepaling), is deze relatie van direct belang voor de reikwijdte van het leerstuk samenspanning.

---

<sup>1</sup> De minister vat dit als volgt samen: *Bij de beoordeling moet worden onderkend dat het bij de bestrijding van terrorisme nu juist gaat om het voorkomen. Dat impliceert dat men zich maar beperkt een terughoudende houding kan permitteren in de fase van opsporing. (...) Ik erken zonder meer dat dit uit strafrechtelijk oogpunt bedenkelijk is, maar dat is het niet vanuit de optiek dat bij terrorisme voorkomen beter is dan genezen* (Hand. TK 2003-2004, nr. 33, p. 2338); en: *Ik schets u slechts wat ik als wetgever wil voorkomen, namelijk dat iemand met deze mentaliteit vrij rondloopt in de samenleving* (Hand. TK 2003-2004, nr. 33, 2350).

In dit hoofdstuk zal in het bijzonder aandacht worden besteed aan het bereik van het strafrechtelijk daderschap en de strafbaarheid in de WTM en aan de (consistentie van) sanctienormen van de verschillende strafbaarstellingen in de WTM.

### 3.1 Art. 140 en 140a Sr

Art. 2 van het kaderbesluit verplicht lidstaten ertoe het leidinggeven en het deelnemen aan de activiteiten van een terroristische groep strafbaar te stellen. Volgens het eerste lid van art. 2 Kaderbesluit moet onder een dergelijke groep worden verstaan:

een sinds enige tijd bestaande, gestructureerde vereniging van meer dan twee personen die in overleg optreden om terroristische misdrijven te plegen. Met “gestructureerde vereniging” wordt bedoeld op een vereniging die niet toevallig tot stand is gekomen met het oog op een onverwijld te plegen strafbaar feit en waarbij niet noodzakelijkerwijs sprake is van formeel afgebakende taken van de leden, noch van continuïteit in de samenstelling of een ontwikkelde structuur.

Onderdeel b van het tweede lid geeft aan wat in ieder geval tevens moet worden verstaan onder het begrip *deelnemen* in de zin van het Kaderbesluit:

het verstrekken van gegevens of middelen aan de groep of het in enigerlei vorm financieren van de activiteiten van de groep, wetende dat deze deelneming bijdraagt aan de criminele activiteiten van de groep

Nederland heeft invulling gegeven aan deze verplichting door middel van het nieuwe art. 140a Sr. Daarnaast wordt in de art. 140 lid 4 en 140a lid 3 Sr navolging van art. 2 lid 2 onderdeel b Kaderbesluit een niet uitputtende omschrijving van de betekenis van het bestanddeel *deelneming* in de zin van de art. 140 en 140a Sr gegeven. In de memorie van toelichting bij het voorstel voor de WTM merkt de minister op dat de bestanddelen van het nieuwe art. 140a Sr voor het grootste gedeelte zijn ontleend aan art. 140 Sr en op dezelfde wijze als in die bepaling moeten worden uitgelegd.<sup>2</sup> Hieronder zal dan logischerwijs allereerst een bespreking volgen van de bestanddelen van art. 140 Sr (zoals dat gold voor de inwerkingtreding van de WTM) die ook in art. 140a Sr zijn opgenomen.

#### 3.1.1 Deelneming aan een criminele organisatie: art. 140 Sr

Art. 140 Sr is een overblijfsel van de art. 265-268 Code Pénal. De Franse wetgever heeft die bepalingen destijds ingevoerd om op te kunnen treden tegen rondtrekkende bendes struikrovers die het platteland onveilig maakten. De Nederlandse wetgever heeft bij de invoering van art. 140 Sr bijzonder weinig aandacht aan de bepaling geschonken zodat voor de ratio en de uitleg van de bestanddelen op de bedoelingen die achter de oorspronkelijke Franse strafbaarstellingen schuilgingen teruggevallen moet worden.<sup>3</sup>

De bestanddelen die art. 140 Sr en art. 140a Sr gemeen hebben zijn achtereenvolgens: organisatie, oogmerk tot het plegen van misdrijven en deelneming. Die bestanddelen zullen hieronder besproken worden. Tenslotte zal, in verband met de transnationale

<sup>2</sup> TK 2001-2002, 28463, nr. 3, p. 9.

<sup>3</sup> M. Rutgers, Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen, dissertatie RUL, Gouda Quint, Arnhem, 1992, p. 139- 141; M.J.H.J. de Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, dissertatie KUB, Gouda Quint, Arnhem, 1995, p. 9-13, 21.

aard van het verschijnsel terrorisme, aandacht worden besteed aan de toepassing van art. 140 Sr bij aanwezigheid van een internationale dimensie.

### 3.1.1.1 Organisatie

Het bestanddeel *organisatie* in art. 140 Sr is relatief jong. Het is ingevoegd in 1988<sup>4</sup> ter vervanging van het bestanddeel *rechtspersoon*. Die term verving in 1976<sup>5</sup> het bestanddeel *vereniging* waarvan vanaf de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht sprake was geweest. De verschillende benamingen die de in art. 140 Sr bedoelde entiteit in haar geschiedenis heeft gedragen hebben overigens weinig tot geen invloed op het bereik van de bepaling gehad.<sup>6</sup>

Niet iedere verzameling van personen levert een organisatie in de zin van art. 140 Sr op. Aan de andere kant is evenmin vereist dat sprake is van een formele structuur. Bij de organisatie in de zin van art. 140 Sr behoeft dus geen sprake te zijn van enige civiele rechtsvorm. Dat besliste de Hoge Raad reeds toen art. 140 Sr nog in de civielrechtelijke termen was gesteld.<sup>7</sup>

### Gestructureerd en duurzaam samenwerkingsverband

Het feit dat niet vereist is en nooit vereist geweest is dat de *vereniging*, *rechtspersoon* of *organisatie* een bepaalde civielrechtelijke rechtsvorm bezit, zegt uiteraard nog weinig over de positieve eisen die aan de organisatie in de zin van art. 140 Sr gesteld worden. Er dient sprake te zijn van een gestructureerd en duurzaam samenwerkingsverband.<sup>8</sup> Vereist is dat *de deelnemers niet ieder voor zich, maar in een zekere duurzame onderlinge samenwerking participeren* in de organisatie, zo valt in recentere jurisprudentie te lezen.<sup>9</sup> Ook dit criterium zegt evenwel niet zo veel.

Met name aan het eind van de tachtiger- en het begin van de negentigerjaren heeft de Hoge Raad een aantal belangwekkende arresten gewezen over de uitleg van de bestanddelen van art. 140 Sr. In een tweetal arresten waarin met name het bestanddeel deelneming ter discussie wordt gesteld, maakt de Hoge Raad duidelijk hoe hij het begrip organisatie (destijds rechtspersoon) invult. In een arrest van november 1985 constateert de Hoge Raad dat het hof vastgesteld heeft dat de verdachte en zijn medeverdachte *overeengekomen zijn een samenwerkingsverband tot stand te brengen waarin zij volgens door hen gestelde regels en voor het door hen gestelde doel wilden samenwerken*, dat zij naar derden toe als eenheid zijn opgetreden en dat zij zijn opgetreden onder bepaalde handelsnamen.

Daaraan kon het hof de gevolgtrekking verbinden dat:

het (...) gevormde samenwerkingsverband het karakter had van een rechtspersoon in de betekenis welke in art. 140 Sr aan die term toekomt. Daarbij is in het bijzonder van belang, dat het (...) samenwerkingsverband tegenover derden optrad als "Rostant Da-

<sup>4</sup> Wet van 17 maart 1988, Stb. 1988, 104.

<sup>5</sup> Wet van 8 april 1976, Stb. 1976, 229.

<sup>6</sup> De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 30, 31.

<sup>7</sup> HR 22 juli 1985, NJ 1987, 323; HR 26 november 1985, NJ 1986, 389.

<sup>8</sup> De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 32.

<sup>9</sup> HR 10 juli 2001, NJ 2001, 687.

niel GmbH" en of "Heinz Meyer GmbH". Immers, daaruit heeft het hof kennelijk afgeleid – gelijk het ook heeft kunnen doen – dat de verdachte en (medeverdachte) ook zelf door derden wilden worden aangemerkt als personen die te zamen een rechtspersoon met beperkte aansprakelijkheid vormden.<sup>10</sup>

In de betreffende zaak waren de betreffende deelnemers als feitelijk leidinggevers veroordeeld. Die hoedanigheid levert volgens het derde lid van art. 140 Sr een strafverzwarringsgrond op. Uit de feiten zoals die uit het arrest blijken, komt duidelijk naar voren dat deze deelnemers tevens oprichters waren. Die hoedanigheid levert dezelfde strafverzwarringsgrond op. Omdat die strafverzwarringsgrond vanzelfsprekend slechts één keer in aanmerking kan worden genomen, is het feit dat in dezen van oprichters sprake was in de bewezenverklaring niet terug te vinden. De formulering in het arrest bedoelt zeker niet als eis te stellen dat alle deelnemers betrokken moeten zijn geweest bij het stellen van de regels en de doeleinden. Wie als werknemer betrokken is bij een samenwerkingsverband als hier bedoeld kan zeer wel deelnemer zijn. Dat verdachte nimmer in de positie is geweest om als beleidsbepaler regels of doeleinden te stellen, betekent ook geenszins dat niet van een organisatie gesproken kan worden.<sup>11</sup>

Het gaat bij een organisatie als bedoeld in art. 140 Sr om meer dan een willekeurige groep personen of een toevallig incidenteel samenwerkingsverband. Kern van het begrip organisatie is derhalve dat in het samenwerkingsverband sprake is van gemeenschappelijke regels en een gemeenschappelijke doelstelling en dat het samenwerkingsverband als eenheid optreedt. De individuele wil van de deelnemers moet ondergeschikt zijn aan de doelstellingen van de organisatie. Het mag daarbij niet om een eenmalige kortstondige samenwerking gaan. Het samenwerkingsverband moet over een zodanige bestendigheid en duurzaamheid beschikken dat het de gelegenheid heeft een eigen dynamiek te ontwikkelen.<sup>12</sup>

Welke factoren bepalen nu dat van een zodanige bestendigheid of duurzaamheid sprake is? Hét standaardarrest dienaangaande werd in 1990 door de Hoge Raad gewezen in de zaak van een verdachte die deel uitmaakte van een groep krakers die zich met geweld wilde verzetten tegen de naderende ontruiming van hun kraakpand. Het stelde ten aanzien van het bestanddeel *rechtspersoon* het volgende vast:

De organisatie hield immers een op een vereniging gelijkend samenwerkingsverband in, waarbinnen:

- (als regel) wekelijks vergaderingen werden gehouden, waar besluiten werden genomen en instructies werden opgesteld;
- verslaglegging plaatsvond van vergaderingen en een financiële administratie werd bijgehouden;
- werkverdeling plaatsvond door de vorming van o.a. een binnengroep, een buitengroep, een contactgroep en een persgroep, terwijl later nog een EHBO-post werd geformeerd;

<sup>10</sup> HR 26 november 1985, NJ 1986, 389.

<sup>11</sup> HR 6 juni 1989, NJ 1990, 49.

<sup>12</sup> M.J.H.J. de Vries-Leemans, Rechtspersonen en art. 140 Sr, in: M. van Kraaij en A. van Veen (red.), Onderneming en strafrecht, Lustrum 'Nico Muller' 1966–1996, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1997, p. 80, 81; De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 32.

- ten behoeve van de publiciteit posters en pamfletten werden geredigeerd en de verspreiding daarvan werd georganiseerd, terwijl voorts aan radio en pers interviews werden afgegeven;
- de werving werd opgezet van handlangers onder sympathisanten in andere plaatsen;
- activiteiten werden georganiseerd die fondsvorming beoogden ter bestrijding van de kosten van barricadematerialen.

Het optreden naar buiten van dit samenwerkingsverband geschiedde onder de naam "De Mariënburcht" en varianten daarvan.

Naar het oordeel van de Hoge Raad gaf het oordeel van het hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.<sup>13</sup> De beschreven wijze van functioneren, maakt duidelijk dat het hof met name belang heeft gehecht aan het feit dat gereguleerd en volgens bepaalde procedures besluiten tot stand kwamen waaraan de individuele leden zich gebonden achtten. In die besluitvorming bestond veel aandacht voor het functioneren, het voortbestaan en zelfs de uitbreiding van het samenwerkingsverband. Aldus dienden de individuele 'leden' met name de belangen van de organisatie. Hun eigen belangen waren daaraan ondergeschikt of werden daarmee vereenzelvigd. Opnieuw werd betekenis toegekend aan het feit dat werd opgetreden onder een gemeenschappelijke naam en dus dat naar buiten toe zichtbaar als eenheid werd opgetreden.

Alhoewel in de voorgaande arresten steeds veel gewicht wordt toegekend aan de omstandigheid dat naar de uiterlijke verschijningsvorm als eenheid wordt opgetreden, is duidelijk dat ondanks de aanwezigheid van deze omstandigheid niet van een organisatie sprake is als niet in zekere zin is gebleken van een ondergeschiktheid van het individu aan het grotere geheel.

Dat bleek bij de vervolging van een voetbalsupporter die geacht werd bij de harde kern van de Ajax-aanhang te behoren. De verdachte was aanwezig geweest bij een tweetal gewelddadige confrontaties met Feyenoord-supporters, waaronder de vechtpartij in Beverwijk in maart 1997 waarbij een Ajax-supporter om het leven kwam. Dat verdachte zelf enige gewelddadige handeling had verricht, stond niet vast. Hij werd derhalve vervolgd voor deelneming aan een criminele organisatie (art. 140 Sr) en openlijke geweldpleging (art. 141 Sr)<sup>14</sup>. In hoger beroep stelde het hof ten aanzien van de deelneming aan de organisatie:

Niet bewezen echter acht het hof dat de in de tenlastelegging bedoelde misdrijven uitvoerisels zijn geweest van een gestructureerd samenwerkingsverband, dat het plegen van misdrijven tot oogmerk had. Veeleer lijken die misdrijven voort te vloeien uit initiatieven van individuele personen dan wel van incidenteel samenwerkende personen of groepen van personen. Van een organisatie, waarin de deelnemers niet ieder voor zich, maar in een zekere duurzame onderlinge samenwerking participeren, is onvoldoende gebleken.

<sup>13</sup> HR 16 oktober 1990, NJ 1991, 442 (Mariënburcht).

<sup>14</sup> Voor daderschap aan art. 141 Sr is sinds 12 mei 2000 (Wet van 25 april 2000, Stb. 2000, 173) niet langer vereist dat de dader zelf enige gewelddadige handeling heeft verricht; TK 1998-1999, 26519, nr. 3, p. 7. Voor deze wetswijziging gold die eis wel; W. Wedzinga, Openlijke geweldpleging, dissertatie RUG, Gouda Quint, Arnhem, 1992, p. 95-99.

Naar het oordeel van de Hoge Raad had het hof met deze overweging niet de betekenis van het bestanddeel organisatie in art. 140 Sr miskend.<sup>15</sup> In deze zaak betrof het een groep Ajax-supporters. Vanwege het feit dat supporters van een bepaalde voetbalclub vaak dezelfde kleuren en symbolen dragen, als groep leuzen scanderen en liederen ten gehore brengen en ook nog al eens onder een gezamenlijke naam optreden, zal naar de uiterlijke verschijningsvorm snel van een eenheid sprake zijn. Toch was dat in deze zaak onvoldoende om van een organisatie te spreken omdat in organisatorische zin geen sprake leek te zijn van een eenheid. Juist het functioneren van individuen leek hier voorop te staan.

Uit de eis dat het bij een organisatie als bedoeld in art. 140 Sr moet gaan om een gestructureerd samenwerkingsverband met een zekere duurzaamheid kan overigens niet worden afgeleid dat de groep steeds uit dezelfde personen moet bestaan; de samenstelling van de groep kan in zekere mate wel degelijk wisselen. Praktisch zal de duurzaamheid en het gestructureerd zijn vaak wel neerkomen op een vaste kern van sleutelfiguren.<sup>16</sup>

### **Ideologie als bindmiddel**

Een uitspraak die in verband met het object van het onderhavige onderzoek bijzondere aandacht verdient, betreft het vonnis van de rechtbank Rotterdam in de zaak tegen veertien leden van de zogenaamde Hofstadgroep. De rechtbank neemt als vaststaand aan dat alle verdachten *min of meer regelmatige bezoekers waren van geregelde bijeenkomsten* die plaatsvonden in de woning van één van de verdachten. Op die bijeenkomsten spraken de bezoekers over geloof en politiek. Op die bijeenkomsten werd onderwijs gegeven in een opvatting van de Islam waarin een nauwe uitleg van het begrip Tahweed (De eenheid van God) centraal staat. Dat onderricht werd verzorgd door een leraar (de Syriër) of, wanneer deze afwezig was, door gevorderde volgelingen. De leden van de groep wisselden geschriften uit waarin op godsdienstige gronden de democratische rechtsorde wordt verworpen en de jihad, in de betekenis van gewapende strijd, en het martelaarschap worden verheerlijkt.

Die onderlinge uitwisseling vormt volgens de rechtbank een aanwijzing voor structurele samenwerking binnen de groep, mede in verband met het oordeel van een deskundige dat de verspreiding erop duidt dat de leden van de groep zich bezighielden met het bestuderen, vertalen en samenstellen van deze geschriften.

Bij verschillende leden van de groep was een grote hoeveelheid beeldmateriaal van onderdrukking van moslims en van de training en krijgsverrichtingen van jihadstrijders in beslaggenomen. Dit materiaal dat de jihad rechtvaardigt en daartoe oproept, is typisch materiaal voor scholing in en rekrutering voor de jihad. Met dit kennelijke doel werd het materiaal ook tijdens de bijeenkomsten van de groep vertoond. De rechtbank overweegt dan dat de conclusie moet zijn:

dat de leden van de groep zich met elkaar verbonden voelden door een gemeenschappelijke geloofsovertuiging, dat zij daarin systematisch werden geschoold en dat binnen de groep gestructureerde activiteiten plaatsvonden, die erop gericht waren elkaar in die overtuiging te versterken en de geesten rijp te maken voor deelneming aan de jihad.

<sup>15</sup> HR 10 juli 2001, NJ 2001, 687.

<sup>16</sup> De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 35; HR 29 januari 1991, NJB 1991, nr. 49, p. 718, 719.



Verdere aanwijzing dat sprake is van een gestructureerde samenwerking vindt de rechtbank in het gegeven dat een verdachte zich er tegenover een medeverdachte in een chatgesprek over heeft beklaagd dat laatstbedoelde door zijn gepraat de gehele groep in gevaar bracht en dat hij geen juiste mensen aanbrengt die geronseld kunnen worden voor de jihad. Ook de georganiseerde loyaliteit die blijkt uit het feit dat verschillende groepsleden maandelijks financiële bijdragen leverden aan de vrouw van een gedetineerd groepslid (van welke bijdragen lijstjes werden bijgehouden) duidt volgens de rechtbank op een georganiseerde samenwerking.

In de betreffende zaak stonden de verdachten zowel terecht voor de deelneming aan een criminele organisatie als voor de, bij de WTM ingevoegde, deelneming aan een terroristische organisatie. De betekenis van het bestanddeel *organisatie* is, als gezegd, voor beide delicten gelijk. De geciteerde fragmenten hebben allemaal betrekking op de vaststelling van de rechtbank dat sprake is van een organisatie als bedoeld in de art. 140 en 140a Sr. Een tweetal zaken valt daarbij in het bijzonder op.

Allereerst betreft dat de rol die de gedeelde ideologie van de verdachten speelt bij de vaststelling dat sprake is van een organisatie. Door die ideologie voelden de verdachten zich met elkaar verbonden en die verbondenheid is voor de rechtbank kennelijk een belangrijke factor bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een organisatie als bedoeld in de art. 140 en 140a Sr. De ideologie van de verdachten speelt daardoor een niet te veronachtzamen rol in de vaststelling van het strafrechtelijk daderschap.

Daarnaast is opvallend dat bepaalde feiten die door de rechtbank worden genoemd in verband met het bewijs van het bestanddeel *organisatie* in belangrijke mate bestaan in gedragingen en omstandigheden die vooral van belang zijn voor de overige bestanddelen van art. 140 Sr. Zo acht de rechtbank voor het oordeel dat sprake is van een gestructureerde samenwerking van belang dat rekruteringsactiviteiten hebben plaatsgevonden. Die rekruteringshandelingen kunnen evenwel, zoals de rechtbank ook gedaan heeft (zie hieronder de bespreking van *deelneming*), tevens als deelnemingshandeling worden aangemerkt. De gedeelde ideologie van de leden van de groep springt ook in dit verband in het oog. Een ideologie die de democratische rechtsorde verwerpt en de gewapende strijd verheerlijkt lijkt immers wel aanleiding tot het plegen van misdrijven te moeten geven. In dit verband overwoog de rechtbank:

Vaststaat dus dat de zojuist genoemde leden van de groep aan hun radicaal-extremistische geloofsovertuiging de in hun ogen kennelijk onvermijdelijke praktische consequentie hebben verbonden dat het gebruik van geweld gerechtvaardigd of zelfs geboden is.

Daarmee is een eerste belangrijke stap gezet bij de vaststelling dat sprake is van een organisatie die het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft. De bestanddelen van de art. 140 (en dus ook van 140a Sr) vullen aldus in zekere zin elkaar in. Tot op zekere hoogte is dat wellicht onvermijdelijk.

Bij beantwoording van de vraag of sprake is van een organisatie wordt vanzelfsprekend belang gehecht aan het antwoord op de vraag of er sprake is van een gemeenschappelijk doel. Bij een organisatie die het oogmerk zou hebben misdrijven te plegen kan dat doel vanzelfsprekend wel eens minder oorbaar zijn. Dat binnen een bepaalde groep gestructureerd wordt samengewerkt, kan uiteraard worden aangetoond aan de hand van de gedragingen van de leden van die groep. Vanzelfsprekend kunnen dat deelnemingshandelingen zijn.

De rechter moet er echter voor waken dat hij uit een aantal deelnemingshandelingen en een bepaald oogmerk te licht het bestaan van een organisatie afleidt. Tevens dient de rechter, andersom, uit het feit dat het bestaan van een organisatie met een bepaalde, minder sympathieke, ideologie is vastgesteld niet te gemakkelijk af te leiden dat die organisatie een crimineel of terroristisch oogmerk bezit.

De rechtbank Rotterdam heeft dat laatste in de onderhavige zaak ook niet gedaan. Hieronder zal, bij de bespreking van het *oogmerk tot het plegen van misdrijven*, namelijk blijken dat de laatstgeciteerde vaststelling naar het oordeel voor de rechtbank op zich zelf niet voldoende was om aan te nemen dat de organisatie het plegen van misdrijven tot oogmerk had. Alleen dan houden de afzonderlijke bestanddelen van de delictomschrijving van art. 140 Sr immers zelfstandige betekenis.

### 3.1.1.2 Oogmerk tot het plegen van misdrijven

Het tweede bestanddeel van art. 140 lid 1 Sr is het *oogmerk tot het plegen van misdrijven*. Over het bestanddeel oogmerk is in het kader van het terroristisch oogmerk reeds het nodige gezegd. Hieronder zal dit bestanddeel in de specifieke betekenis van art. 140 Sr worden besproken. Vervolgens zal aandacht worden besteed aan hetgeen waar het oogmerk betrekking op moet hebben in deze bepaling.

#### Oogmerk

Bij de *deelneming aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven* is de bijzondere opzetvorm *oogmerk* niet een subjectief bestanddeel van de dader maar van de organisatie waaraan de dader deelneemt. Hiervoor, in paragraaf 2.2.1.1, werd reeds opgemerkt dat het bestanddeel *oogmerk* in verschillende delictomschrijvingen verschillende betekenissen heeft. Toch werd daar ook een aantal kenmerken vastgesteld dat voor het bestanddeel oogmerk vrij algemeen opgeld lijkt te doen. In algemene zin is er geen reden het oogmerk tot het plegen van misdrijven als bedoeld in art. 140 Sr dienangaande anders te behandelen.

Allereerst bleek dat voor de voltooiing van *oogmerk* niet vereist is dat hetgeen waar het oogmerk betrekking op heeft ook verwezenlijkt is. Dat geldt dus ook voor het oogmerk van de organisatie om misdrijven te plegen. De Hoge Raad stelde dat aldus:

Bij de klacht (...), dat de telastelegging (...) niet omschrijft op welke wijze de daarin genoemde misdrijven hebben plaatsgevonden wordt er aan voorbijgezien dat het bij het in art. 140 eerste lid Sr omschreven misdrijf gaat, niet om het gepleegd zijn van misdrijven, maar om het oogmerk tot het plegen van misdrijven.<sup>17</sup>

In paragraaf 2.2.1.1 bleek, nota bene aan de hand van een arrest dat over het bereik van art. 140 Sr ging, dat aan de aanwezigheid van het oogmerk tot het plegen van misdrijven niet in de weg hoeft te staan dat de organisatie een nobel ideëel einddoel heeft. Oogmerk heeft dus ook in art. 140 Sr de betekenis van naastgelegen doel. Het plegen van misdrijven hoeft ook niet de voornaamste bestaansgrond van de organisatie te zijn.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> HR 13 oktober 1987, NJ 1988, 425.

<sup>18</sup> A.H.J. Swart, Verboden organisaties en verboden rechtspersonen, in: Ch.J. Enschedé, N. Keizer, J.C.M. Leijten, Th.W. van Veen, Naar eer en geweten, Liber Amicorum J. Rummelink, Gouda Quint, Arnhem, 1987, p. 612; De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 41.

Het oogmerk tot het plegen van misdrijven kan volgens de Hoge Raad ook als het ware tegen de zin van de organisatie aanwezig zijn. Daartoe overwoog hij:

De omstandigheid dat rechtspersonen door anderen – al dan niet (mede) in een als rechtspersoon in de zin van art. 140 Sr aan te merken samenwerkingsverband – worden gebruikt of misbruikt behoeft niet eraan in de weg te staan dat bedoelde rechtspersonen tot oogmerk hebben het plegen van valsheid in geschrifte en het opzettelijk gebruik maken van valse geschriften.<sup>19</sup>

Alhoewel voor het antwoord op de vraag of sprake is van een organisatie in de zin van art. 140 Sr dus betekenis toekomt aan de vaststelling dat verdachten *zijn overeengekomen een samenwerkingsverband tot stand te brengen waarin zij volgens door hen gestelde regels en voor het door hen gestelde doel wilden samenwerken*, is geenszins vereist dat reeds bij de totstandkoming sprake is van een oogmerk om misdrijven te plegen. Dat kan niet slechts uit de bovengeciteerde overweging worden afgeleid maar dat is later ook nog eens door de Hoge Raad expliciet bevestigd. Indien het oogmerk om misdrijven te plegen evenwel later is ontstaan, kan de strafverhoging voor oprichters (art. 140 lid 3 Sr) niet ten aanzien van de oprichters van die organisatie worden toegepast.<sup>20</sup>

In de zaak tegen de vermeende leden van de Hofstadgroep kwam de rechtbank tot een gedeeltelijke vrijspraak. Hiervoor werd reeds duidelijk dat de leden van de groep een gedeelde ideologie hadden die noodzakelijkerwijs moet leiden tot geweld. Tevens werd aangegeven dat bepaalde leden van de groep uit hun ideologie reeds de conclusie hadden getrokken dat het plegen van geweld gerechtvaardigd of zelfs geboden zou zijn. De rechtbank voegt daaraan toe dat zij meent dat zeer wel mogelijk is dat ook de andere leden van de groep in de toekomst die consequentie aan hun ideologie zullen verbinden. Die feiten en omstandigheden zijn volgens de rechtbank evenwel niet voldoende om het criminele oogmerk van de organisatie bewezen te achten. Zij overweegt daartoe:

De rechtbank volgt het openbaar ministerie echter niet in zijn conclusie dat hiermee vaststaat dat de *groep* het oogmerk had geweldsdelicten te plegen. Het beramen en plegen van geweldsdelicten was misschien wel het uiteindelijke doel van de groep, maar niet is komen vast te staan dat dit (al) het naaste doel was. Daarvoor is vereist dat het plegen van deze feiten in ook maar enigszins concrete zin binnen de groep werd be- raamd, bij voorbeeld door daarvoor voorbereidingen te treffen of daarover afspraken te maken of overleg te voeren.<sup>21</sup>

Alhoewel verschillende groepsleden reeds ernstige misdrijven hadden gepleegd waarbij hun extreme geloofsovertuiging een rol speelde<sup>22</sup>, was de rechtbank er niet van overtuigd dat de groep als zodanig het plegen van gewelddadige misdrijven nastreefde. De

<sup>19</sup> HR 13 oktober 1987, NJ 1988, 425.

<sup>20</sup> HR 6 oktober 1992, NJ 1993, 100.

<sup>21</sup> Compilatie van vonnissen in de zaak van veertien verdachten van de zogenaamde Hofstadgroep, Rb Rotterdam (nevenvestigingsplaats 's-Gravenhage, zitting houdende te Amsterdam), 10 maart 2006, LJN: AV5108.

<sup>22</sup> Jason Walters en Ismail Akhnikh gooiden enkele uren voor hun aanhouding een handgranaat naar leden van het arrestatieteam. Mohammed Bouyeri vermoordde Theo van Gogh. Samir Azzouz pleegde geen ernstige geweldsmisdrijven maar gaf tijdens het onderzoek ter terechtzitting wel aan vanuit zijn religieuze opvatting de democratische rechtsorde te haten en de Jihad 'mooi' te vinden.

betreffende misdrijven waren steeds individuele initiatieven waarvan de anderen onwetend waren. Om die reden heeft de rechtbank het woord *groep* in het geciteerde fragment ook gecursiveerd. Bij verschillende individuele leden was het oogmerk immers wel degelijk aanwezig. Hiervoor werd vastgesteld dat het oogmerk om misdrijven te plegen in art. 140 Sr het oogmerk van de organisatie betreft. Individuele oogmerken zijn dus niet voldoende. De rechtbank erkent wel dat de dynamiek binnen de groep en de ontwikkeling van de overige groepsleden zodanig was dat te verwachten was dat de organisatie een dergelijk oogmerk zou gaan ontwikkelen, zo ver was het nog niet. Evenmin als een nobel einddoel eraan in de weg behoeft te staan dat het oogmerk van een organisatie op het plegen van misdrijven is gericht, brengt de aanwezigheid van een verwerpelijk einddoel, dat slechts door middel van geweld kan worden verwezenlijkt, noodzakelijkerwijs mee dat de organisatie dat oogmerk heeft. Eerst wanneer het naaste doel van de organisatie het plegen van geweldsdelicten is, kan het plegen van die delicten als oogmerk van de organisatie worden aangewezen.

### Het plegen van misdrijven

De bedoeling om misdrijven te plegen volstaat dus om te kunnen spreken van een organisatie die het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft. Daarvoor hoeft dus nog niets strafbaars gebeurd te zijn. Het lijkt wel redelijk om te eisen dat de gedragingen waar het oogmerk van de organisatie betrekking op heeft daadwerkelijk misdrijven zijn. Als de organisatie ten onrechte ‘meent’ dat de beoogde gedragingen misdrijven zijn, zou art. 140 Sr dus niet voor toepassing in aanmerking moeten komen. Dan ontbreekt mijns inziens immers het minimum aan gevaar dat van de organisatie uit moet gaan om het hoge strafmaximum te rechtvaardigen. Anderzijds lijkt het feit dat de beoogde gedragingen als misdrijf zijn strafbaar gesteld op zich zelf niet voldoende om van het oogmerk tot het plegen van misdrijven te kunnen spreken. Er zal tenminste wetenschap moeten bestaan omtrent de strafbaarstelling als misdrijf.

Het oogmerk om misdrijven te plegen houdt in dat het oogmerk om overtredingen te plegen niet volstaat.<sup>23</sup> Daarnaast is vereist dat het oogmerk betrekking heeft op het plegen van meerdere misdrijven. Eén enkel misdrijf volstaat dus niet. Daarbij hoeft het niet te gaan om verschillende misdrijven.<sup>24</sup> Met andere woorden: het meervoud *misdrijven* heeft betrekking op een pluraliteit van feitelijke gebeurtenissen en niet noodzakelijkerwijs op een pluraliteit van wettelijke delictsomschrijvingen. Dat laat onverlet dat bij de uitvoering van een enkel plan wel degelijk meerdere misdrijven in de zin van art. 140 Sr kunnen worden gepleegd. Bij een gewelddadige roofoverval of ontvoering zullen vaak meerdere misdrijven worden gepleegd. Naast de overval of ontvoering valt te denken aan het vuurwapenbezit en eventueel het stelen van één of meerdere voertuigen om na de ontvoering of overval met een geringe kans op identificatie te kunnen ontkomen. Of die ondersteunende misdrijven voldoende zijn om aan te nemen dat de organisatie het plegen van *misdrijven* tot oogmerk heeft, valt niet met zekerheid te zeggen. De jurisprudentie van de Hoge Raad lijkt op het eerste gezicht meer te eisen dan een pluraliteit van misdrijven die in het teken van de uitvoering van hetzelfde plan staat. De Hoge Raad heeft immers in een groot aantal arresten gesteld

<sup>23</sup> HR 5 juni 2001, NJ 2001, 518.

<sup>24</sup> HR 14 mei 1985, NJ 1986, 10; HR 22 juli 1985, NJ 1987, 323.

dat het bij de toepassing van art. 140 Sr gaat om *het deelnemen aan een rechtspersoon welker oogmerk is het gedurende enige tijd plegen van misdrijven*.<sup>25</sup>

De Vries-Leemans meent dat het in lijn met de ratio van art. 140 Sr zou zijn om te eisen dat ook daadwerkelijk het gedurende langere tijd plegen van misdrijven wordt beoogd. De ratio van strafbaarstelling is immers gelegen in het feit dat er een reële dreiging voor de samenleving uitgaat van het bestaan van de rechtspersoon die stelselmatig misdrijven pleegt. Voor toepassing van art. 140 Sr zou zij het plegen van meerdere misdrijven die in het teken van een enkel misdadig plan staan niet willen aanmerken als een pluraliteit van misdrijven. Ze meent dat de formulering van de Hoge Raad op zich ruimte biedt tot een dergelijke uitleg van het bestanddeel oogmerk tot het plegen van misdrijven. Zij wijst er echter op dat de Hoge Raad deze strengere uitleg niet lijkt aan te hangen. In de zaak die geleid heeft tot het arrest Mariënburcht was immers allerminst duidelijk sprake van het oogmerk om gedurende langere tijd misdrijven te plegen. Het hof had, blijkens het hiervoor gegeven citaat, weliswaar vastgesteld dat het oogmerk tot het plegen van misdrijven uit verzet *tegen de Leegstandswet, onderdrukking van de zwarte bevolking in Zuid-Afrika en nog een reeks andere zaken* tevens op de toekomst zag, de Hoge Raad kiest een ander uitgangspunt. Zo stelt hij:

Voor zover het negende middel onder D erover bedoelt te klagen dat het hof zou hebben miskend dat meergenoemde bepaling eist het deelnemen aan een rechtspersoon welker oogmerk is het gedurende enige tijd plegen van misdrijven, faalt het, nu het hof kennelijk heeft geoordeeld, gelijk het heeft kunnen doen, dat de vereniging gestructureerd verzet tegen de komende ontruiming beoogde, hetwelk gepaard zou gaan met het plegen van misdrijven van verschillende aard in een tevoren niet bepaalde omvang en niet alleen op de dag van de ontruiming maar ook – naar het hof op grond van de inhoud van bewijsmiddel 11 heeft vastgesteld en kunnen vaststellen – geruime tijd voordien.

*Het gedurende enige tijd plegen van misdrijven* waar deze overweging betrekking op heeft, betreft een zeer beperkt tijdverloop en een de uitvoering van een enkel misdadig plan, te weten de op handen zijnde ontruiming. In verband met dat verzet waren ruim een week voor die ontruiming enkele misdrijven gepleegd die met het verzet tegen de ontruiming in direct verband stonden. Volgens De Vries-Leemans worden daarmee aan de continuïteit van het plegen van misdrijven en het *blijvende* gevaar dat van de organisatie uitgaat geen hoge eisen gesteld. Dat de Hoge Raad ook akkoord zou zijn geweest met de toepassing van art. 140 Sr wanneer slechts op een enkele dag meerdere misdrijven zouden zijn gepleegd, lijkt ze niet uit te willen sluiten. Met name in gevallen als Mariënburcht, waarin alle misdrijven in het teken van een enkele actie staan, zou daarmee het bereik van art. 140 Sr volgens haar wel te veel opgerekt worden.<sup>26</sup>

Meer impliciet stelt ook Rutgers dat aan de pluraliteit van misdrijven in art. 140 Sr zekere eisen moeten worden gesteld. Zij merkt op dat de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen in art. 46 Sr mede ingegeven was door het feit dat de voorberei-

<sup>25</sup> HR 14 mei 1985, NJ 1986, 10; HR 14 mei 1985, NJ 1986, 11; HR 22 juli 1985, NJ 1987, 323; HR 16 oktober 1990, NJ 1991, 442 (Mariënburcht); HR 20 juni 2000, NJ 2000, 493.

<sup>26</sup> De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 45–48. In dezelfde zin Swart, Verboden organisaties en verboden rechtspersonen, o.c., p. 613 en Rutgers, Strafbarestelling van voorbereidingshandelingen, o.c., p. 151, 152.

ding van een enkel misdrijf niet voldoende was voor de toepassing van art. 140 Sr.<sup>27</sup> De minister was bij de behandeling van het wetsvoorstel tot invoering van art. 46 Sr van oordeel dat art. 140 Sr niet kan worden toegepast bij de voorbereiding van een gewapende roofoverval (waar dus in ieder geval naast de overval sprake zal zijn van verboden wapenbezit) omdat in deze gevallen enerzijds het bestaan van een organisatie niet kan worden aangetoond terwijl daarnaast geen sprake zou zijn van het oogmerk om meerdere misdrijven te plegen.<sup>28</sup> Kennelijk ziet de minister dit soort gevallen als een enkele misdadige gebeurtenis. Uit het bovenstaande kan echter worden afgeleid dat de Hoge Raad daaraan niet zonder meer de gevolgtrekking verbindt dat het oogmerk van een eventueel bestaande organisatie op het plegen van een enkel misdrijf was gericht. De invoering van art. 46 Sr zou evenwel als een argument kunnen gelden het bereik van art. 140 Sr in dit opzicht niet te ver op te rekken.

### 3.1.1.3 Deelneming

Niet het bestaan van een misdadige organisatie of zelfs het oprichten daarvan<sup>29</sup> maar de deelneming daaraan is in art. 140 Sr strafbaar gesteld. Zonder deelnemingshandelingen kan dus ten aanzien van art. 140 Sr, ongeacht het ruime bereik dat aan de overige bestanddelen van die strafbepaling wordt gegeven, geen daderschap ontstaan.

#### Criteria voor deelneming

De betekenis van het bestanddeel *deelneming* kwam onder andere aan de orde in de zaak van een werknemer van een autobedrijf dat tot oogmerk zou hebben zijn klanten op te lichten. In hoger beroep was onder andere het verweer gevoerd dat ten aanzien van de verdachte geen sprake kon zijn van deelneming aan de rechtspersoon omdat verdachte geen invloed had op de beleidsbepalende beslissingen die in het bedrijf werden genomen. Dit verweer werd door het hof Arnhem verworpen omdat de verdachte zich vrijwillig had aangesloten bij de afspraken omtrent de bedrijfsvoering en die afspraken op karakteristieke wijze had nageleefd. Daarop doet het hof volgen dat:

naar het oordeel van het hof het begrip “deelneming” in art. 140 Sr veeleer een feitelijke inhoud heeft, immers onder die term moet worden verstaan het vervullen van een zodanige rol in een geheel van (voorgenomen) handelingen – welke tegenover derden achter het masker van een rechtspersoon (zullen) plaatsvinden – dat die rechtspersoon (mede) daardoor functioneert of kan functioneren.

Met deze overweging had het hof volgens de Hoge Raad geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.<sup>30</sup> Deelneming heeft in art. 140 Sr dus een feitelijke inhoud en verwijst dan ook niet naar de deelnemingsfiguren van de art. 47 en 48 Sr.<sup>31</sup> De geciteerde overweging leert weinig over de wijze waarop de verdachte moet bijdragen aan het functioneren van de rechtspersoon. Is iedere willekeurige bijdrage, dus ook bijvoorbeeld het serveren van koffie of het schoon houden van het bedrijfspand daartoe geëigend? De deelnemingshandelingen van deze verdachte bestonden in het verkopen van auto's voor een hogere prijs dan de kwaliteit van die auto's rechtvaardigde. De

<sup>27</sup> Rutgers, Strafbearstelling van voorbereidingshandelingen, o.c., p. 325.

<sup>28</sup> TK 1991–1992, 22268, nr. 5, p. 15.

<sup>29</sup> De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 306.

<sup>30</sup> HR 6 juni 1989, NJ 1990, 49.

<sup>31</sup> D.H. de Jong, Vormen van strafbare deelneming, in: J.L. van der Neut (red), Daderschap en deelneming, Gouda Quint, Deventer, 4<sup>e</sup> druk, 1999, p. 100.

onderhavige verdachte pleegde dus de misdrijven waarop het oogmerk van de organisatie betrekking had. Dichter op het vuur kan men niet zitten. Daarmee is in abstracto de vraag naar de vereiste aard van de deelnemingshandeling(en) evenwel niet beantwoord.

Die vraag werd wel beantwoord in de zogenaamde Vredesactiekamparresten. In een tweetal zaken formuleert de Hoge Raad het criterium waaraan ten minste voldaan moet zijn om van deelneming in de zin van art. 140 Sr te kunnen spreken:

Van het aan een organisatie als bedoeld in dat artikel deelnemen in de zin van die bepaling is slechts dan sprake, indien de betrokkene behoort tot het samenwerkingsverband en een aandeel heeft in, dan wel ondersteunt, gedragingen die strekken tot of rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking van het in dat artikel bedoelde oogmerk.<sup>32</sup>

Dit criterium lijkt in ieder geval te garanderen dat volstrekt onschuldige handelingen als schoonmaken en koffiezetten buiten het bereik van art. 140 Sr blijven. Die gedragingen zullen niet licht kunnen worden aangemerkt als *ondersteuning van of aandeel in* gedragingen die strekken tot of rechtstreeks verband houden met het plegen van misdrijven. Dat laat evenwel onverlet dat niet uitgesloten kan worden dat met gedragingen die op zich zelf niet strafbaar zijn wel een dergelijk aandeel of een dergelijke ondersteuning wordt geleverd.

### **Concrete deelnemingshandelingen**

De rechtbank Rotterdam maakte in de zaak tegen de vermeende leden van de Hofstadgroep de volgende lijstjes van handelingen die wel respectievelijk niet als deelnemingshandelingen kunnen worden aangemerkt:

Wel moeten als deelnemingshandelingen van de groep worden aangemerkt:

- het organiseren of faciliteren van een of meer bijeenkomsten waar wordt opgeruid of haat gezaaid;
- het als spreker of gespreksleider vervullen van een actieve en bepalende rol op bijeenkomsten waar wordt opgeruid of haat gezaaid;
- het mondeling verspreiden binnen of buiten de groep van de ideologie van de groep, waaronder is begrepen het werven voor de gewapende strijd en het oproepen tot het martelaarschap;
- het verspreiden binnen of buiten de groep van opruiende en/of haat zaaiende en/of bedreigende geschriften/documenten en/of beeld- en/of geluidmateriaal;
- het ter verspreiding voorhanden hebben van opruiende en/of haat zaaiende en/of bedreigende geschriften/documenten en/of beeld- en/of geluidmateriaal;
- het ter verspreiding schrijven/opstellen/vertalen en/of bewerken van opruiende en/of haat zaaiende en/of bedreigende geschriften/documenten en/of beeld- en/of geluidmateriaal;
- het tonen van opruiende en/of haat zaaiende en/of bedreigende geschriften/documenten en/of beeld- en/of geluidmateriaal;

<sup>32</sup> Onder meer HR 16 oktober 1990, DD 91.059 en HR 29 januari 1991, DD 91.168 en DD 91.169.

- het faciliteren van het digitaal verspreiden of anderszins gebruiken van opruiende en/of haat zaaiende en/of bedreigende geschriften/documenten en/of beeld- en/of geluidmateriaal, waaronder is begrepen het lid maken van een MSN-groep en het repareren van computers.

In de ogen van de rechtbank kunnen de volgende gedragingen evenwel niet als deelnemingshandelingen worden aangemerkt:

- het bijwonen van bijeenkomsten waar wordt opgeruid of haat gezaaid;
- het lezen/bekijken of beluisteren van opruiende en/of haat zaaiende en/of bedreigende geschriften/documenten en/of beeld- en/of geluidmateriaal;
- het in ontvangst nemen en/of voorhanden hebben – niet ter verspreiding – van opruiende en/of haat zaaiende en/of bedreigende geschriften/documenten en/of beeld- en/of geluidmateriaal;
- het incidenteel autorijden voor een ander groepslid, indien dit geen verband houdt met het criminele oogmerk;
- het op naam zetten van een auto of het uitlenen van een auto aan een ander groepslid, indien dit geen verband houdt met het criminele oogmerk;
- het leveren of bewaren van goederen aan/voor een ander groepslid, indien dit geen verband houdt met het criminele oogmerk;
- het onderdak verlenen aan een ander groepslid, indien dit geen verband houdt met het criminele oogmerk;
- het geven van geld ten behoeve van de echtgenote van [getuige A].

De rechtbank heeft als doorslaggevend criterium bij de samenstelling van de onderscheiden lijstjes gehanteerd het antwoord op de vraag of de betreffende handelingen bijdragen aan de realisatie van het oogmerk van de organisatie (het opruien, het verspreiden van documenten en geschriften ter opruiing, het zaaien van haat, bedreiging en bedreiging met terroristische misdrijven).<sup>33</sup> Dat is ook duidelijk terug te vinden in verschillende handelingen op het tweede lijstje waar als voorwaarde voor plaatsing wordt genoemd indien *dit geen verband houdt met het criminele oogmerk*. Dezelfde handelingen zouden dus (mogelijk) wel deelnemingshandelingen zijn geweest indien zij met dat oogmerk in verband stonden. Het door de rechtbank gehanteerde criterium is, in het licht van de hiervoor besproken jurisprudentie, juist.

### **Onvoorwaardelijk opzet**

De vraag zou dan kunnen rijzen of voor deelneming in de zin van art. 140 Sr vereist is dat de deelnemingshandeling verricht is ter verwezenlijking van het criminele oogmerk. Met andere woorden: in hoeverre moet bij de deelnemer opzet hebben bestaan op de verwezenlijking van het oogmerk van de organisatie? Hierboven kwam aan de orde dat het *oogmerk* van art. 140 Sr het oogmerk is van de organisatie en niet van de deelnemer. Dat brengt evenwel niet mee dat ten aanzien van de deelnemer geen opzetvereiste behoeft te worden gesteld.

De Hoge Raad heeft zich over deze materie uitgesproken in de zaak van een verdachte die zich in cassatie op het standpunt stelde dat uit de gebezigde bewijsmiddelen niet

---

<sup>33</sup> Compilatie van vonnissen in de zaak van veertien verdachten van de zogenaamde Hofstadgroep, Rb Rotterdam (nevenvestigingsplaats 's-Gravenhage, zitting houdende te Amsterdam), 10 maart 2006, LJN: AV5108.



kon worden afgeleid dat hij precies wist waar de betreffende organisatie zich mee bezig hield. De organisatie bleek zich met veel meer misdrijven bezig gehouden te hebben dan deze verdachte wist. Volgens het middel kon de bijdrage van verdachte niet geacht worden betrekking te hebben op de verwezenlijking van alle onderdelen van het oogmerk omdat het oogmerk van de organisatie in de bewezenverklaring ruimer was dan verdachte dacht. De Hoge Raad kan zich met de uitgangspunten van het middel niet verenigen. Hij stelt:

Redelijke wetsuitleg brengt voorts mee dat voor deelneming in de zin van evengenoemd artikel voldoende is dat de betrokkene in zijn algemeenheid weet (in de zin van onvoorwaardelijk opzet) dat de organisatie tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven. De betrokkene behoeft dus geen wetenschap te hebben van één of verscheidene concrete misdrijven die door de organisatie worden beoogd.<sup>34</sup>

Dit uitgangspunt is ook in latere jurisprudentie herhaald.<sup>35</sup>

### *Beoordeling onvoorwaardelijk opzet*

In zijn noot onder het arrest “onvoorwaardelijk opzet” merkt De Hullu op dat hier kennelijk gaat om een aangescherpt opzetvereiste. Aanvaarding van de aanmerkelijke kans dat de organisatie het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft, volstaat dus niet. De dader moet werkelijk hebben geweten hebben dat dit het oogmerk van de organisatie was. Tegenover dit strengere opzetvereiste staat dan het feit dat niet vereist wordt dat de verdachte van alle concrete misdrijven waarop het oogmerk van de organisatie betrekking had op de hoogte behoeft te zijn.

De Hullu acht dit criterium weinig gelukkig. Naar zijn oordeel is het uiterst onbevredigend dat de dader die denkt deel te nemen aan een organisatie die valsheid in geschrifte beoogt te plegen, veroordeeld kan worden voor deelneming aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van valsheid in geschrifte, moord en doodslag als achteraf blijkt dat ook deze laatste twee feiten door de organisatie werden beoogd. In plaats van het criterium van de Hoge Raad zou volgens hem gewoon opzet (inclusief het voorwaardelijk opzet) geëist moeten worden maar dan wel op alle delicten die in de bewezenverklaring ten aanzien van de betreffende verdachte als oogmerk van de organisatie worden genoemd. In het door hem gegeven voorbeeld zou de verdachte dan dus slechts veroordeeld kunnen worden voor deelneming aan een organisatie die het plegen van valsheid in geschrifte tot oogmerk had. Hij is van mening dat deze oplossing ook tot werkbare resultaten zou leiden.

Volgens De Hullu zou zijn oplossing daarnaast beter passen bij het grondmodel voor de individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid dat de deelnemingsvormen, de poging en de bijzondere delicten te zien geven. De eis van opzet op de concreet beoogde misdrijven zou leiden tot een strakkere band tussen deelnemer en organisatie. Hieronder zal overigens blijken dat bij de uitleg van het bestanddeel deelneming in het bij de WTM ingevoegde art. 140a Sr (deelneming aan een organisatie die het plegen van terroristische misdrijven tot oogmerk heeft) het gerechtshof 's-Gravenhage in zekere zin aansluiting zoekt bij de opvatting van De Hullu.

<sup>34</sup> HR 18 november 1997, NJ 1998, 225.

<sup>35</sup> HR 8 oktober 2002, NJ 2003, 64.

De Vries-Leemans heeft minder moeite met het nieuwe criterium van de Hoge Raad. Zij wijst erop dat de eis dat de deelnemer op de hoogte is geweest van alle misdrijven die door de organisatie werden beoogd te streng zou zijn. In veel gevallen zal de deelnemer immers geen weet hebben van alle misdrijven die door de organisatie worden beoogd. Volgens De Vries-Leemans sluit de opvatting van de Hoge Raad, zoals ook de advocaat-generaal reeds in zijn conclusie stelde, het beste aan op het doel van art. 140 Sr, te weten het bestrijden van misdadige organisaties. Zij acht de interpretatie van de Hoge Raad iets restrictiever dan die van De Hullu.<sup>36</sup>

Advocaat-generaal Jörg acht de opvatting die De Hullu in zijn noot verdedigt onvoldoende in overeenstemming met de eigen aard van art. 140 Sr. Het door die bepaling beschermde rechtsgoed is immers niet het rechtsgoed dat schuil gaat achter de delictsomschrijvingen van de misdrijven die door de organisatie concreet worden beoogd of gepleegd, maar de openbare orde die door het enkele bestaan van dergelijke organisaties wordt bedreigd. In overeenstemming daarmee kent art. 140 Sr een eigen strafmaximum dat niet afhankelijk is van de concrete misdrijven die door de organisatie worden beoogd of gepleegd.<sup>37</sup>

De laatstgenoemde opvatting lijkt de juiste te zijn. De wetgever heeft ervoor gekozen de deelneming aan alle organisaties die het plegen van misdrijven tot oogmerk hebben met hetzelfde strafmaximum te bedreigen. Van het enkele bestaan van dergelijke organisaties wordt geacht een bedreiging van de openbare orde uit te gaan. Daarin is de ratio van strafbaarstelling gelegen. Het reële concrete gevaar voor de samenleving dat gedurende langere tijd uitgaat van het enkele bestaan van gestructureerde misdaadbendes die het plegen van verscheidene afzonderlijke misdrijven met een nog onbepaald karakter beogen, rechtvaardigt de strafbaarstelling van de deelneming daaraan.<sup>38</sup> Ook wanneer slechts misdrijven van geringe ernst werden beoogd, kan het zware strafmaximum van art. 140 Sr worden toegepast omdat art. 140 Sr is geabstraheerd van de concrete misdrijven die door de organisatie werden beoogd of gepleegd.<sup>39</sup>

Voor de toepasselijkheid van art. 140 Sr en het toepasselijke strafmaximum is dus volstrekt irrelevant welke misdrijven de organisatie waaraan werd deelgenomen beoogde. Waarom daaraan dan bij de bewezenverklaring zo veel gewicht moet worden toegekend, is niet duidelijk. Wie een aandeel heeft in gedragingen waarmee de organisatie valsheid in geschrifte wil plegen neemt deel aan een criminele organisatie. Of die organisatie nog andere misdrijven beoogt, is volstrekt irrelevant voor het toepasselijke strafmaximum. Feitelijk is het juister om de organisatie uit het voorbeeld van De Hullu in de bewezenverklaring aan te merken als een organisatie die het plegen van valsheid in geschrifte en moord tot oogmerk heeft. Dat de verdachte bij de ernstigste misdrijven die door de organisatie werden beoogd niet betrokken is geweest en daarvan zelfs geen wetenschap moet, net als de precieze aard van de deelnemingshandelingen, bij de strafoplegging aan de orde komen. Naar het mij voorkomt, kan de door De Hullu

<sup>36</sup> M.J.H.J. de Vries-Leemans, Art. 140 Sr: recente ontwikkelingen, DD 29 (1999), afl. 2, p. 161-163.

<sup>37</sup> Conclusie bij HR 5 juni 2001, NJ 2001, 518.

<sup>38</sup> De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 22, 23.

<sup>39</sup> De abstractie van art. 140 Sr van de concrete misdrijven die door de organisatie werden beoogd of gepleegd door de Hoge Raad is overigens algeheel. Zij heeft niet slechts betrekking op het toepasselijke strafmaximum maar tevens op de verjaring. Zie HR 7 december 2004, NJ 2005, 71.

voorgestelde oplossing derhalve niet als de (meest) juiste worden aanvaard. Toch heeft die opvatting in een zaak waarin de verdachten onder meer werden vervolgd in verband met deelneming aan een organisatie die tot oogmerk het plegen van misdrijven had wel een zekere erkenning gevonden. Het oogmerk van de organisatie was op het plegen van (in ernst) zeer verschillende misdrijven gericht, te weten valsheid in geschriften met betrekking tot reisdocumenten en betaalmiddelen enerzijds en het voorbereiden van het tweewegbrengen van ontploffingen en het voorbereiden van moord en doodslag (kortweg aangeduid als terroristische misdrijven en aanslagen) anderzijds.

### *Opvatting gerechtshof 's-Gravenhage*

Het gerechtshof 's-Gravenhage overwoog omtrent het bestanddeel deelneming als bedoeld in art. 140 Sr<sup>40</sup> in zaken waarin de organisatie zowel gewone als terroristische misdrijven pleegt of beoogt te plegen dat aan het meewerken aan (bijvoorbeeld) vermogensdelicten niet de wetenschap (in de zin van onvoorwaardelijk opzet) van het oogmerk om terroristische misdrijven te plegen afgeleid mag worden. Volgens het hof volgt dat ook uit het arrest “onvoorwaardelijk opzet”. De verdachte moet immers verweten kunnen worden dat hij een aandeel heeft gehad in of een bijdrage heeft geleverd aan handelingen die strekken tot of verband houden met de verwezenlijking van het criminele oogmerk in zijn onderscheiden onderdelen. Het hof vervolgt:

Tussen het kennis dragen van een concreet voorgenomen misdrijf en de algemene wetenschap van de criminele gerichtheid van de organisatie bestaat een breed spectrum van gradaties. Anderzijds ziet het hof geen reden om bovenaangehaalde overweging van de Hoge Raad aldus uit te leggen dat de verdachte ten aanzien van ieder van de verschillende categorieën misdrijven die de organisatie op het oog heeft afzonderlijke wetenschap in de zin van onvoorwaardelijk opzet moet hebben, zoals de formulering van de Hoge Raad in r.o. 5.4. “in zijn algemeenheid (weten)” ook aangeeft. Het hof gaat ervan uit dat het voor de strafrechtelijke verantwoordelijkheid ingevolge artikel 140 Sr ook voor die misdrijven voldoende is indien de verdachte zich er, naast zijn wetenschap omtrent het criminele karakter van de organisatie, bewust van is dat de organisatie die hij ondersteunt zich heel wel ook in de sfeer van terroristische aanslagen zou kunnen bewegen en die – als aanmerkelijk te kwalificeren – kans ook (als voorwaardelijk opzet daarop) aanvaardt door met die bewustheid van die organisatie lid te worden of te blijven.<sup>41</sup>

Uitgangspunt blijft dus het criterium van de Hoge Raad dat de voor deelneming in de zin van art. 140 Sr niet volstaat dat de verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de organisatie het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft. Onvoorwaardelijk opzet van het criminele oogmerk van de organisatie staat ook hier voorop. Wanneer die wetenschap zich evenwel beperkt tot de lichte misdrijven die door de organisatie worden gepleegd of beoogd, kan de bewezen verklaarde deelneming volgens het hof evenwel niet gekwalificeerd worden als deelneming aan een organisatie die tevens het plegen van terroristische aanslagen tot oogmerk heeft. Voor een dergelijke kwalificatie zou dan vereist zijn dat de verdachte ten minste voorwaar-

<sup>40</sup> De zaak speelde voor de inwerkingtreding van de WTM. Anders zou hoogstwaarschijnlijk voor deelneming aan een organisatie die het plegen van terroristische misdrijven tot oogmerk heeft (art. 140a Sr), zijn vervolgd.

<sup>41</sup> Hof 's-Gravenhage van 21 juni 2004, LJN: AP2058.

delijk opzet heeft gehad op het oogmerk van de organisatie tevens die misdrijven te plegen.

### *Opvatting van de Hoge Raad*

In de rechtspraak van de Hoge Raad lijkt voor de uitleg van het hof Den Haag geen steun te vinden. Sterker, de vaste jurisprudentie van ons hoogste rechtscollege lijkt daaraan in de weg te staan.<sup>42</sup> Zo heeft de Hoge Raad de opvatting dat voor deelneming ook vereist is dat *de verdachte enige vorm van opzet op de door de organisatie beoogde concrete misdrijven heeft gehad* expliciet van de hand gewezen.<sup>43</sup> De onjuiste opvatting was ten onrechte afgeleid uit een arrest van 2001<sup>44</sup> waarin de Hoge Raad had beslist dat van deelneming als bedoeld in art. 140 Sr geen sprake kon zijn als de verdachte wel op de hoogte was van de overtredingen die door de organisatie werden gepleegd maar niet van de misdrijven die de organisatie tevens pleegde. Wie slechts wetenschap heeft van door de organisatie beoogde of gepleegde overtredingen neemt niet deel aan die organisatie omdat hij niet in algemene zin weet (in de zin van onvoorwaardelijk opzet) dat het oogmerk van de organisatie op het plegen van misdrijven gericht is. Dat brengt allerminst mee dat concrete wetenschap van welk misdrijf of welke soort misdrijven dan ook vereist zou zijn. Omdat deelneming aan een organisatie die slechts het plegen van overtredingen beoogt niet strafbaar is volgens art. 140 Sr kan niet worden volgehouden dat opzettelijk werd deelgenomen aan een organisatie als bedoeld in art. 140 Sr wanneer de wetenschap van de deelnemer bepaald bleef tot door de organisatie beoogde of gepleegde overtredingen.

Het betreffende misverstand blijkt overigens tamelijk hardnekkig nu ook na het arrest van 8 oktober 2002 uit het arrest van 5 juni 2001 nog wel wordt afgeleid dat de *wetenschap* (van de deelnemer zich moet) *uitstrekken tot de aard van de misdrijven waarop het oogmerk van de organisatie gericht is*.<sup>45</sup>

De hiervoor bedoelde overweging uit het arrest van 8 oktober 2002 sluit weer naadloos aan op de algehele abstractie van het misdrijf van art. 140 Sr van de concrete misdrijven die door de organisatie werden beoogd of gepleegd die door de organisatie werden beoogd of gepleegd. Naar de letter eist het hof geen opzet op enig concreet misdrijf nu daarin slechts gesproken wordt van bewustzijn dat de organisatie *zich heel wel ook in de sfeer van terroristische aanslagen zou kunnen bewegen*. Dat neemt evenwel niet weg dat de eis van enig bewustzijn van enige mogelijkheid met betrekking tot een min of meer concrete categorie misdrijven evengoed op gespannen voet staat met de abstractie van art. 140 Sr als enige opzeteis met betrekking enig concreet misdrijf.

Het voorgaande brengt overigens niet mee dat geen verdere opzeteisen gelden voor het bestanddeel *deelneming* in art. 140 Sr. Zoals hieronder zal worden betoogd is voor deelneming in de zin van art. 140 Sr, net als bij de overige vormen van deelneming in

<sup>42</sup> De Hoge Raad laat het arrest van het hof in stand. Daaruit kan niet geconcludeerd worden dat hij zich aansluit bij de overweging van het hof. Advocaat-generaal Machiels concludeert tot verwerving van het beroep. Daartoe stelt hij: *als de opvatting van het hof over de eisen die artikel 140 Sr stelt al te ver gaat zal het duidelijk zijn dat ik zeker niet de mening van de steller van het middel kan onderschrijven die nog verder wil gaan dan het hof*. Zie HR 5 september 2006, LJN: AV4122.

<sup>43</sup> HR 8 oktober 2002, NJ 2003, 64.

<sup>44</sup> HR 5 juni 2001, NJ 2001, 518.

<sup>45</sup> M.M. Dolman, Van bandieten en jihadisten: deelneming aan misdadige organisaties, Strafbblad, afl. 2 (april), jaargang 4 (2006), p. 137.

het Wetboek van Strafrecht, dubbel opzet vereist. Daarbij kan voorwaardelijk opzet wel degelijk volstaan. Op concrete misdrijven of concrete categorieën misdrijven behoeft dat opzet evenwel geen betrekking te hebben.

### Dubbel opzet

De Hullu is in de literatuur zeker niet de enige die kritiek heeft op de wijze waarop de Hoge Raad invulling geeft aan het bestanddeel *deelneming* in art. 140 Sr. Van Strien geeft het voorbeeld van een verdachte die klanten werft voor de beleggingsmaatschappij waar hij in dienst is. Deze verdachte weet dat de beleggingsmaatschappij belastingfraude pleegt. Daarmee heeft hij zelf geen enkele bemoeienis. Evenmin heeft hij daarin een aandeel of ondersteunt hij dit. Wat hij echter niet weet is dat de beleggingsmaatschappij haar klanten oplicht. Zou de verdachte dat wel geweten hebben dan zou hij ook vast zijn eigen spaargeld niet bij zijn werkgever hebben belegd. Door klanten te werven heeft hij wel een aandeel in de verwezenlijking van het oogmerk om de klanten van de beleggingsmaatschappij op te lichten. Daarop heeft hij echter geen (voorwaardelijk) opzet. Sterker daar wordt hij ook zelf de dupe van. Van Strien merkt op dat het door haar beschreven geval naadloos aansluit op de minimumeisen die de Hoge Raad aan de deelneming in de zin van art. 140 Sr stelt. De verdachte heeft een aandeel in gedragingen die rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking van het oogmerk van de organisatie en hij weet in algemene zin dat de organisatie het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft. Ze erkent dat de mogelijkheid bestaat dat de Hoge Raad in de toekomst een sterkere band eist tussen het misdrijf waarvan de verdachte weet heeft en de misdrijven waarop het oogmerk van de organisatie ziet, maar laat het daar liever niet op aankomen.

Naar haar idee zou het de voorkeur verdienen om bij de deelneming in de zin van art. 140 Sr een soortgelijk dubbel opzet te eisen als bij de deelnemingsvormen van het Algemeen Deel. Dat opzet zou dan betrekking moeten hebben op a) het verlenen van een bijdrage aan de verwezenlijking van het criminele oogmerk van de organisatie en b) de concrete misdrijven waarop blijkens de telastlegging het oogmerk van de organisatie gericht is.<sup>46</sup>

Het voorbeeld van Van Strien lijkt inderdaad een hiaat bloot te leggen. Bestrafing van de werknemer die onbewust en onbedoeld meewerkt aan de verwezenlijking van het oogmerk van de organisatie in verband met de toevallige omstandigheid dat hij weet dat op een andere afdeling belastingfraude wordt gepleegd, lijkt niet zonder meer redelijk.

Met het antwoord op de vraag of voor een bewezenverklaring van deelneming aan een organisatie als bedoeld in art. 140 Sr vereist zou moeten zijn dat de verdachte werkschap had van alle concrete misdrijven waarop het oogmerk van de organisatie volgens de telastlegging betrekking had, heeft dat echter weinig uitstaan. Mijns inziens zou het door Van Strien geconstateerde probleem volledig opgelost worden door alleen de eis onder a) te stellen. Voor deelneming is dan vereist dat de verdachte een aandeel heeft in, dan wel ondersteunt gedragingen die strekken tot of rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking van het in art. 140 Sr bedoelde oogmerk. Daarnaast is vereist dat de verdachte in zijn algemeenheid weet (in de zin van onvoorwaardelijk opzet) dat de organisatie tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven en dat hij

<sup>46</sup> A.L.J. van Strien, Een nieuw begrip in het strafrecht: het ONvoorwaardelijk opzet, DD 29 (1999), afl. 2, p. 172-175.

(ten minste) willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaardt dat hij daaraan met zijn aandeel of ondersteuning bijdraagt en deze kans op de koop toeneemt. Conform de aard en ratio van de strafbaarstelling is wetenschap van één of verscheidene concrete misdrijven die door de organisatie worden beoogd dan nog steeds niet vereist. Anderzijds wordt wel gegarandeerd dat een volstrekt onbedoelde bijdrage aan het oogmerk als deelneming aan een criminele organisatie wordt aangemerkt. Voor de door van Strien onder b) gestelde eis zou dan dus geen plaats zijn.

Op welke wijze door art. 140 Sr wordt geëist dat de geleverde bijdrage een opzettelijke bijdrage (de deelnemer heeft ten minste de aanmerkelijke kans aanvaard dat hij bijdroeg aan de verwezenlijking van het criminele oogmerk van de organisatie) is, is ook in de literatuur niet onomstreden.

Swart en De Vries-Leemans stellen bij art. 140 Sr de eis van dubbel opzet, maar vullen dit enigszins verschillend in. Swart meent dat opzet moet bestaan op het leveren van een bijdrage aan het functioneren van de organisatie en dat wetenschap moet bestaan van het criminele oogmerk van de organisatie<sup>47</sup>. Opzet op het bijdragen aan de verwezenlijking van het criminele oogmerk lijkt dan niet vereist. Kennelijk sluit de kritiek van Van Strien aan bij de visie van Swart. De Vries-Leemans meent dat opzet moet bestaan op het leveren van een bijdrage aan de verwezenlijking van het oogmerk en opzet op het oogmerk van de organisatie.<sup>48</sup> Dolman sluit zich aan bij de opvatting van De Vries-Leemans.<sup>49</sup> Dan is de hoofdpersoon uit het voorbeeld van Van Strien dus geen deelnemer meer. Hij heeft immers nimmer de aanmerkelijke kans aanvaard en op de koop toegenomen dat hij zou bijdragen aan de verwezenlijking van het criminele oogmerk (waarvan hij zelf ook de dupe zou worden).

Of de Hoge Raad voor deelneming in de zin van art. 140 Sr enig opzet eist op de verwezenlijking van het oogmerk van de organisatie is niet met zekerheid te stellen.

De kwestie heeft zich tot op heden steeds toegespitst op de vraag of het feit dat de verdachte geen weet had van (bepaalde) concrete misdrijven die door de organisatie werden beoogd disculperend kon werken. In twee van de drie arresten die de Hoge Raad in dezen heeft gewezen, had de bijdrage van de verdachte aan de verwezenlijking van het oogmerk van de organisatie bestaan in het zelf plegen van misdrijven.<sup>50</sup> Dan valt moeilijk vol te houden dat de verdachte geen opzet heeft gehad op het bijdragen aan de verwezenlijking van het oogmerk. In de derde zaak vernietigde de Hoge Raad het arrest van het hof omdat uit de door het hof gebezigde bewijsmiddelen slechts afgeleid kon worden dat de concrete kennis van de verdachte betrekking had op gepleegde *overtredingen*. Dan kan niet worden volgehouden dat de verdachte in zijn algemeenheid wist dat de organisatie het plegen van misdrijven tot oogmerk had.<sup>51</sup> Het antwoord op de vraag of de verdachte (ten minste) willens en wetens de kans moet hebben aanvaard dat hij met zijn handelen een bijdrage leverde aan de verwezenlijking van het criminele oogmerk van de organisatie is derhalve nog niet aan de orde geweest in de rechtspraak van de Hoge Raad.

<sup>47</sup> Swart, Verboden organisaties en verboden rechtspersonen, o.c., p. 617.

<sup>48</sup> De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 58.

<sup>49</sup> Dolman, Van bandieten en jihadist: deelneming aan misdadige organisaties, o.c., p. 136.

<sup>50</sup> HR 18 november 1997, NJ 1998, 225 en HR 8 oktober 2002, NJ 2003, 64.

<sup>51</sup> HR 5 juni 2001, NJ 2001, 518.

### 3.1.1.4 Internationale dimensie

In verband met de transnationale aard van het fenomeen terrorisme komt in het bestek van het onderhavige onderzoek belang toe aan het antwoord op de vraag in hoeverre voor toepassing van art. 140 Sr plaats is wanneer de organisatie in het buitenland gevestigd is en / of het plegen van misdrijven in het buitenland beoogd wordt.

In een arrest van 5 september 2006<sup>52</sup> dat hiervoor reeds aan de orde kwam in verband met het opzet van de deelnemer op het oogmerk van de organisatie overwoog de Hoge Raad dat art. 2 Sr er niet aan in de weg staat dat in Nederland vervolging plaatsvindt van gedragingen die in het buitenland hebben plaatsgevonden en die deel uitmaken van een strafbaar feit dat mede in Nederland moet worden geacht te zijn gepleegd. Het ging in deze zaak om deelneming aan een organisatie die zowel het plegen van gewone als van terroristische misdrijven tot oogmerk had. De WTM was ten tijde van de bewuste deelneming nog niet in werking getreden. De term terroristische misdrijven werd kennelijk niet gebezigd in de betekenis die in art. 83 Sr aan die term toekomt en art. 140a Sr was op die deelneming niet toepasselijk. De terroristische misdrijven hielden aanslagen op de Amerikaanse ambassade in Parijs en op een Amerikaanse legerbasis in België in. Uit de bewijsmiddelen kan niet worden afgeleid dat ook aanslagen in Nederland werden beoogd. De organisatie beoogde tevens het vervaardigen en gebruiken van vervalste reisdocumenten en soortgelijke misdrijven. Die misdrijven waren ook feitelijk gepleegd in Nederland. Aldus hadden in Nederland deelnemingshandelingen plaatsgevonden aan een organisatie die mede in Nederland beoogde misdrijven te plegen.

Hieronder zal allereerst aan de orde komen onder welke voorwaarden buitenlandse organisaties geacht kunnen worden een organisatie als bedoeld in de art. 140 en 140a Sr te zijn. Vervolgens zal de vraag worden beantwoord op welke plaats deelneming aan een dergelijke organisatie geacht kan worden plaats te hebben gehad.

### Buitenlandse organisaties en art. 140 Sr

In oktober 1993 kreeg de Hoge Raad te oordelen over een veroordeling wegens art. 140 Sr in een zaak waaraan een internationale dimensie verbonden was. De verdachte was veroordeeld wegens het in Nederland tezamen en in vereniging met anderen deelnemen aan een organisatie die tot oogmerk had het plegen van diefstal, begunstiging, bedrog en valsheid in geschrifte. Die anderen waarmee de verdachte aan de organisatie zou hebben deelgenomen werden in de bewezenverklaring bij naam genoemd. In het cassatiemiddel wordt gesteld dat ten aanzien van een tweetal van deze personen uit de bewijsmiddelen niet kan worden afgeleid dat zij in Nederland deelnemingshandelingen hebben verricht of dat zij, Nederlander zijnde, dit in het buitenland hebben gedaan.

Advocaat-generaal Fokkens stelt in zijn conclusie dat ook sprake kan zijn van deelneming aan een criminele organisatie in Nederland indien deelgenomen is aan een organisatie waarvan sommige leden (geheel of ten dele) binnen en andere leden buiten Nederland optreden. Voorwaarde voor deelneming aan een criminele organisatie in Nederland is wel dat de deelnemingshandeling in Nederland heeft plaatsgevonden. Voor vervolgbaarheid van die deelneming is ook niet vereist dat ten aanzien van alle

---

<sup>52</sup> HR 5 september 2006, LJN: AV4144.

deelnemers aan de organisatie het recht op vervolging bestaat. Onder verwijzing de conclusie van zijn advocaat-generaal verwerpt de Hoge Raad het cassatieberoep.<sup>53</sup> Alhoewel het cassatiemiddel slechts stelde dat het bewezen verklaarde niet uit de bewijsmiddelen kon worden afgeleid, verschaft de geciteerde overweging wel enige duidelijkheid over de mogelijkheden om succesvol te vervolgen wegens overtreding van art. 140 Sr als de organisatie tevens in het buitenland actief is. Die omstandigheid behoeft dus allerminst aan toepasselijkheid van art. 140 Sr in de weg staan. In eerdere arresten was deze vraag al impliciet beantwoord doordat daar bedrijven die in het buitenland waren opgericht als 'rechtspersoon' in de zin van art. 140 Sr waren aangemerkt. In die arresten werd evenwel met geen woord over de internationale dimensie gerept.<sup>54</sup>

Vraag is dan of ook een volledig buitenlandse organisatie die met Nederland geen enkele relatie heeft als organisatie in de zin van art. 140 Sr zou kunnen worden aangemerkt. Die conclusie verbindt De Vries-Leemans in ieder geval wel aan de hier aangehaalde jurisprudentie. Naar haar oordeel is het bestanddeel *organisatie* ook niet aan te merken als een bestanddeel met een typisch nationaal karakter (*wettelijk voorschrift* in art. 184 Sr betekent *enig Nederlands wettelijk voorschrift*<sup>55</sup>).

Alhoewel de strafbaarstelling haar ratio vindt in de bescherming van de Nederlandse openbare orde is er weinig reden om de toepassing van art. 140 Sr tot Nederlandse organisaties te beperken. Ook buitenlandse organisaties kunnen volgens De Vries-Leemans een bedreiging voor de Nederlandse openbare orde zijn, terwijl lang niet altijd een nationaliteit aan de betreffende organisatie kan worden toegekend. Omdat *organisatie* in art. 140 Sr een feitelijk begrip is, is het weinig zinvol bijvoorbeeld de statutaire zetel doorslaggevend te achten. Een beperking van art. 140 Sr tot Nederlandse organisaties zou volgens haar tevens tot gevolg hebben dat deze strafbepaling in de bestrijding van de internationale georganiseerde criminaliteit nauwelijks nog een rol van betekenis zou kunnen spelen. Ook de parlementaire stukken bij de behandeling van één van de wijzigingen die in de loop der tijd zijn aangebracht in de tekst van art. 140 Sr wijzen er volgens De Vries-Leemans op dat het bestanddeel *organisatie* niet een puur nationale betekenis heeft.

Niet alleen verbindt zij aan de hiervoor beschreven jurisprudentie de conclusie dat de organisatie van art. 140 Sr niet een Nederlandse organisatie behoeft te zijn ook de plaats waar het de organisatie haar oogmerk wil verwezenlijken zou volgens deze arresten niet van belang zijn. Dit betekent dan dat het streven van de organisatie er niet op gericht hoeft te zijn de door haar beoogde misdrijven in Nederland te laten plaatsvinden. Alleen de plaats waar de deelnemingshandeling werd verricht, is bepalend. Dat laatste is overigens zelfs niet vereist voor deelnemingshandelingen ten aanzien waarvan Nederland rechtsmacht kan doen gelden door uitbreidingen van het territorialiteitsbeginsel (bijvoorbeeld de leer van het instrument of het gevolg<sup>56</sup>).

Rechtsmacht ten aanzien van de deelnemingshandeling(en) is overigens niet de enige band die tussen de beoogde misdrijven en Nederland moet bestaan. Daarnaast is vereist dat de beoogde misdrijven in het Nederlandse strafrecht als misdrijf strafbaar zijn gesteld, ongeacht waar die misdrijven gaan plaatsvinden. Om te voorkomen dat deelne-

<sup>53</sup> HR 26 oktober 1993, NJ 1994, 161.

<sup>54</sup> HR 26 juni 1984, NJ 1985, 92; HR 4 februari 1986, NJ 1986, 497.

<sup>55</sup> HR 17 maart 1987, NJ 1987, 887 (Linguenda).

<sup>56</sup> Zie Remmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 259, 260.



ming aan een organisatie in Nederland strafbaar is terwijl die organisatie naar het recht van de plaats waar zij haar activiteiten ontplooit niets strafbaars doet, pleit De Vries Leemans ervoor als eis te stellen dat de beoogde misdrijven op de plaats waar zij moeten gaan plaatsvinden ook strafbaar zijn gesteld. Het behoeft daar echter geen strafbaarstelling als misdrijf te betreffen. Indien het feit ter plaatse als overtreding en in Nederland als misdrijf strafbaar is gesteld, zou volgens De Vries-Leemans vervolging in Nederland wegens art. 140 Sr mogelijk moeten zijn.

Ten slotte besteedt zij nog aandacht aan de situatie dat een Nederlander in den vreemde een deelnemingshandeling verricht. Voor vervolging van Nederlandse onderdanen voor in den vreemde begane strafbare feiten is volgens art. 5 lid 1 onder 2° Sr (actief nationaliteitsbeginsel) dubbele strafbaarheid vereist. Dat betekent dan dat ook in het land waar de deelnemingshandelingen verricht werden de deelneming aan een criminele organisatie strafbaar gesteld moet zijn. Daarvoor is dan niet vereist dat alle bestanddelen van beide strafbepalingen identiek zijn, maar wel dat de belangrijkste delictsbestanddelen vergelijkbaar zijn.<sup>57</sup>

### De eis van dubbele strafbaarheid

De stelling van De Vries-Leemans dat voor toepassing van art. 140 Sr niet van belang is waar de organisatie gevestigd is en waar zij haar oogmerk wil verwezenlijken, komt, tenminste wanneer de deelnemingshandelingen in Nederland hebben plaatsgevonden (de betekenis van deze voorwaarde komt hieronder aan de orde), juist voor. De rechtspraak van de Hoge Raad wijst inderdaad in die richting. Ten aanzien van de wijze waarop De Vries-Leemans de problemen oplost die daardoor kunnen ontstaan, zijn mijns inziens echter twijfels mogelijk. Het betreft daarbij met name de eis dat de feiten waarop het oogmerk van de organisatie ziet in Nederland als misdrijf strafbaar moeten zijn en in het betreffende buitenland strafbaar moeten als voorwaarde voor veroordeling in Nederland wegens deelneming aan een organisatie die het oogmerk tot het plegen van misdrijven in het buitenland wil verwezenlijken. Voor de juistheid van die oplossing wordt bijzonder weinig aangedragen.

#### *Twijfel over de juistheid van de eis van dubbele strafbaarheid*

De Vries-Leemans citeert slechts een tweetal Duitse bronnen waarin gesteld wordt dat voor bestraffing in Duitsland wegens deelneming aan een criminele organisatie niet voldoende is dat de feiten die de organisatie beoogt naar het recht van de plaats waar de organisatie die beoogt strafbaar zijn maar dat zij dat tevens naar Duits recht moeten zijn. De Duitse strafbaarstelling in § 129 StGB. verschilt echter van de Nederlandse.<sup>58</sup> In het onderhavige verband is met name van belang dat het in § 129 StGB. gaat om *eine Vereinigung (...) deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, Straftaten zu begehen*. Voor het Duitse delict is voldoende dat het doel van de organisatie is strafbare feiten te plegen. Of het daarbij gaat om misdrijven (*Verbrechen*) of om overtredingen (*Vergehen*) is voor de toepasselijkheid van de bepaling volstrekt irrelevant. Wil men het Duitse uitgangspunt toepassen op art. 140 Sr dan brengt de tekst van die bepaling mee dat men niet zonder meer het oogmerk tot het plegen van misdrijven kan vertalen met

<sup>57</sup> De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 95-108.

<sup>58</sup> Het eerste lid van de Duitse bepaling luidt als volgt: (1) *Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, Straftaten zu begehen, oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, für sie um Mitglieder oder Unterstützer wirbt oder sie unterstützt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

de eis dat de betreffende feiten naar het recht van de plaats waar de organisatie deze wil plegen strafbaar moeten zijn (als misdrijf of overtreding). Sterker de door De Vries-Leemans geciteerde bronnen stellen de eis dat *naast* de strafbaarheid volgens het vreemde recht *ook* strafbaarheid naar Duits recht vereist is. De formulering verraadt dat de betreffende Duitse rechtsgeleerden de eis van strafbaarheid naar het recht van de plaats waar de feiten plaats gaan vinden niet als het punt van discussie beschouwden. Die eis beschouwden zij als een vanzelfsprekend gegeven. De vraag is of strafbaarheid naar Duits recht vereist is. Die vraag beantwoorden zij bevestigend.

Wat betekent dit nu voor art. 140 Sr? Toepassing zonder meer van het door De Vries-Leemans kennelijk bepleite Duitse uitgangspunt zou mijns inziens niets minder betekenen dan dat in ieder geval vereist is dat de misdrijven die door de organisatie worden beoogd als misdrijf strafbaar zijn gesteld op de plaats waar zij zullen worden gepleegd. Anders dan de Duitse delictomschrijving eist art. 140 Sr immers dat het oogmerk van de organisatie is gericht op het plegen van misdrijven. Dan kan vervolgens discussie plaatsvinden over het antwoord op de vraag of de beoogde feiten ook naar Nederlands recht strafbaar moeten zijn en (zo deze discussie leidt tot een bevestigend antwoord) over het antwoord op de vraag of strafbaarstelling als overtreding volstaat. Ten aanzien van die laatste discussie lijkt vertaling van het Duitse standpunt moeilijker omdat de eis van strafbaarheid volgens Duits recht eerder lijkt volgen uit een algemeen rechtsbeginsel dan uit de tekst van de wet. Onduidelijk is of dit beginsel, zo het in het Nederlandse recht al voorkomt, ten aanzien van art. 140 Sr moet leiden tot strafbaarstelling van het feit of strafbaarstelling van het feit als misdrijf naar Nederlands recht. De Duitse en de Nederlandse delictomschrijving vertonen evenwel ook in andere opzichten verschillen.<sup>59</sup> Het lijkt daarom raadzaam om, met in het achterhoofd de Duitse oplossing, beantwoording van de betreffende vraag in de tekst en ratio van art. 140 Sr zelf te zoeken.

Het antwoord van de vraag of de feiten waar het oogmerk van de organisatie betrekking op heeft op welke plaats (als wat) strafbaar moeten zijn hangt af van de beantwoording van een aantal andere vragen.

*Geen dubbele strafbaarheid vereist; strafbaarstelling als misdrijf naar Nederlands recht volstaat*

Allereerst moet de vraag beantwoord worden of het wel mogelijk is om een misdrijf te begaan als de betreffende gedraging op de plaats waar zij is begaan (ongeacht alle uitbreidingen die op de locus delicti kunnen worden aangebracht) niet of slechts als overtreding strafbaar is gesteld. Kan bijvoorbeeld worden volgehouden dat de vrouw die als prostituee in Nederland werkt een misdrijf pleegt omdat naar Iranes recht prostitutie als misdrijf strafbaar is gesteld?

Wanneer die vraag ontkennend moet worden beantwoord lijkt moeilijk vol te houden dat een organisatie die bepaalde handelingen beoogt die op de plaats waar zij moeten plaatsvinden niet of slechts als overtreding zijn strafbaar gesteld het plegen van misdrijven beoogt omdat die handelingen naar Nederlands recht toevallig misdrijven zijn. Dan zou dus voor de veroordeling wegens deelneming aan een organisatie als bedoeld in art. 140 Sr in ieder geval strafbaarheid naar het recht van de plaats waar de organisa-

<sup>59</sup> Zo ontstaat volgens § 129 StGB reeds strafbaarheid wanneer de dader lid wordt van de vereniging.

tie haar activiteiten ontplooit moeten bestaan. Over de noodzaak tot strafbaarheid naar Nederlands recht zou men dan kunnen twisten.

Bevestigende beantwoording van de vraag of prostitutie in Nederland een misdrijf is omdat het elders strafbaar is gesteld, leidt ertoe dat de tekst van art. 140 Sr zich er niet tegen verzet dat de vraag of sprake is van een organisatie die het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft altijd (uitsluitend) naar Nederlands recht wordt beantwoord. Voor een bevestigende beantwoording van evenbedoelde vraag pleit dat Nederlandse delictsomschrijvingen, behoudens een enkele uitzondering<sup>60</sup>, geen territoriale beperking kennen. In de regel betekent de strafbaarstelling als misdrijf naar Nederlands recht dat de betreffende gedraging waar en door wie ook gepleegd volgens Nederlands recht een misdrijf is. De Nederlandse rechtsmachtregeling moet vervolgens verzekeren dat geen vervolging plaats kan vinden als daarvoor geen enkele grond aanwezig is. De tekst van art. 140 Sr lijkt aldus niet uit te sluiten dat een organisatie wier (beoogde) activiteiten slechts naar Nederlands recht als misdrijf strafbaar zijn gesteld als criminele organisatie in de zin van art. 140 Sr wordt aangemerkt.<sup>61</sup>

Complicerende factor is uiteraard nog het feit dat art. 140 Sr niet ziet op het plegen van misdrijven door de organisatie maar op het bestaan van het oogmerk daartoe.

Wanneer inderdaad slechts de Nederlandse strafbaarstelling als misdrijf van de beoogde feiten van belang is, bepaalt de mate van subjectivering die door het bestanddeel oogmerk wordt gecreëerd de kennis die van organisatie omtrent de strafbaarstelling moet bestaan. Indien voldoende is dat de betreffende gedraging wordt beoogd en niet vereist is dat de organisatie het plegen van een misdrijf beoogt (in de zin van boos opzet), is niet vereist dat de organisatie heeft 'geweten' dat de beoogde of gepleegde feiten misdrijven waren om voor de deelnemer ten aanzien van wiens handelen Nederland rechtsmacht heeft strafbaarheid te creëren.

Wanneer, zoals hiervoor betoogd, het bestanddeel oogmerk tot het plegen van misdrijven evenwel meebrengt dat ook een bedoeling of tenminste een zekerheidsbewustzijn van het plegen van misdrijven bestaat, zal voor de vaststelling van de strafbaarheid van de deelnemer een onderzoek naar de wetenschap van de organisatie omtrent de strafbaarstelling als misdrijf van de betreffende feiten niet achterwege mogen blijven. Omdat voor deelneming wetenschap (in de zin van onvoorwaardelijk opzet) is vereist van het feit dat de organisatie het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft, zou voor een veroordeling dan tevens vereist zijn dat de deelnemer weet dat de beoogde gedragingen in Nederland als misdrijf strafbaar zijn gesteld.

De tekst van de wet lijkt aldus de mogelijkheid te laten dat voor het bestanddeel oogmerk tot het plegen van misdrijven het antwoord op de vraag of de beoogde gedragingen naar Nederlands recht misdrijven opleveren van doorslaggevende betekenis is.

De vraag rijst dan of de ratio van art. 140 Sr zich daartegen niet verzet. Die ratio is de bescherming van de openbare orde tegen het bestaan van georganiseerde groepen waarvan bij voortduring de dreiging voor de samenleving uitgaat dat zij gedurende langere tijd een onbepaald aantal misdrijven van onbepaalde soorten plegen. Daarbij

<sup>60</sup> Zie bijvoorbeeld de art. 2 aanhef en onder A en 3 aanhef en onder A Opw (*Het is verboden een middel (...) binnen of buiten het grondgebied van Nederland te brengen*).

<sup>61</sup> De tekst van art. 140 Sr noopt, in het systeem van het Nederlandse materiële strafrecht, dus niet tot het volgen van de Duitse oplossing. Andere gronden zouden dat wellicht wel kunnen doen.

dacht de wetgever aan bendes die tot stand kwamen *om* misdrijven te plegen.<sup>62</sup> Die ratio lijkt moeilijk te verenigen met de mogelijkheid dat de bepaling wordt toegepast tegen deelnemers aan organisaties die slechts feiten beogen die naar Nederlands recht als misdrijf strafbaar zijn gesteld maar die op de plaats waar zij hebben plaatsgevonden of zullen gaan plaatsvinden niet strafbaar zijn. De openbare orde van het land waar de feiten plaatsvinden (zullen), wordt kennelijk niet aangerand. Ware dat anders dan zou men ter plaatse de betreffende gedragingen toch ook wel strafbaar gesteld hebben. De Nederlandse openbare orde wordt zolang de betreffende organisatie de betreffende activiteiten maar niet in Nederland wil gaan ontplooiën evenmin bedreigd. Waarom dan uit naam van die openbare orde een mogelijkheid tot strafrechtelijk optreden zou moeten bestaan, vermag ik niet in te zien. De ratio van art. 140 Sr verhoudt zich aldus slecht met bestraffing van deelneming aan een organisatie wier oogmerk gericht is op het plegen van feiten die op de plaats waar die feiten worden beoogd niet als misdrijf strafbaar zijn gesteld.

Het is evenwel maar zeer de vraag of aan die vaststelling enig gewicht toekomt. De wijze waarop de Hoge Raad blijkens de jurisprudentie die hiervoor aan de orde kwam uitleg heeft gegeven aan de verschillende bestanddelen van art. 140 Sr maakt duidelijk dat de oorspronkelijke ratio bij de toepassing van de bepaling nauwelijks nog een rol speelt. Zo kan een organisatie die ooit om zeer legitieme redenen is opgericht maar die gedurende een week naast haar legitieme doelstellingen tevens twee misdrijven van dezelfde soort beoogt, als organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven worden aangemerkt. Dat de Nederlandse strafrechter ten aanzien van organisaties die hun activiteiten in het buitenland ontplooiën art. 140 Sr eng zal interpreteren in verband met de ratio van die bepaling ligt dan bepaald niet voor de hand. Ook de ratio van art. 140 Sr zal er dus niet noodzakelijkerwijs toe dwingen strafbaarstelling (als misdrijf) te eisen volgens het recht van de plaats waar de feiten (zullen) worden gepleegd.

### Andere voorwaarden

Hiervoor werd betoogd dat strafbaarstelling als misdrijf van de beoogde handelingen een minimumvoorwaarde zou moeten zijn voor toepassing van art. 140 Sr. De subjectivering van het bestanddeel oogmerk brengt dus niet mee dat rechtsdwalingen die erin bestaan dat de organisatie ten onrechte meent dat de beoogde gedragingen strafbaar zijn toepasselijkheid van art. 140 Sr zouden kunnen bewerkstelligen. De strafbaarstelling als misdrijf zou naar Nederlands recht moeten gelden. Dat de beoogde feiten naar het recht van de plaats waar zij beoogd zijn niet (als misdrijf) strafbaar zijn gesteld, behoeft dan geen beletsel te vormen voor toepasselijkheid van art. 140 Sr. Naar het mij voorkomt volgt uit het bestanddeel *die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven* wel dat voor toepassing van art. 140 Sr vereist is dat de organisatie tenminste zekerheidsbewustzijn had van de strafbaarstelling als misdrijf naar Nederlands recht van de beoogde handelingen. In het verlengde van deze voorwaarde ligt de eis dat de deelnemer tenminste weet (in de zin van onvoorwaardelijk opzet) dat de door de organisatie beoogde feiten misdrijven zijn. Voor *deelneming* in de zin van art. 140 Sr is immers vereist dat de deelnemer weet dat het oogmerk van de organisatie gericht is op het plegen van misdrijven. Ook de deelnemer moet dus weten dat de feiten die de organisatie beoogt naar Nederlands recht als misdrijf strafbaar zijn gesteld. Dat hij niet precies en uitputtend behoeft te weten welke misdrijven de organisatie beoogt, doet daaraan niet af.

---

<sup>62</sup> De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 22, 23.

Onder die omstandigheden bestaat er mijns inziens ook geen enkel bezwaar tegen bestraffing van de deelneming. Wie behoort tot een gestructureerd samenwerkingsverband waarvan hij weet dat het feiten beoogt die naar Nederlands strafrecht als misdrijf strafbaar zijn gesteld en zich vervolgens binnen de Nederlandse rechtssfeer begeeft en daar opzettelijk (in opdracht van de organisatie of op eigen initiatief) een bijdrage levert aan de verwezenlijking van dat oogmerk kan verwachten dat hij daarvoor wordt bestraft.

### **Wel misdrijf naar buitenlands recht**

Wanneer de beoogde misdrijven overigens wel als misdrijf strafbaar zijn gesteld op de plaats waar zij gepleegd zullen worden, volstaat wetenschap van de organisatie en de deelnemer die binnen de Nederlandse rechtssfeer optreedt van dié strafbaarstelling als misdrijf. Dan immers heeft de organisatie het plegen van misdrijven nog steeds tot oogmerk als de Nederlandse strafbaarstelling haar onbekend is. De deelnemer weet dat die organisatie het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft ook al weet hij niet dat die misdrijven ook naar Nederlands recht als misdrijf strafbaar zijn gesteld. Die strafbaarstelling als misdrijf volgens Nederlands recht zou overigens ook in dat geval wel een minimumvoorwaarde moeten zijn.

Dat het betreffende rechtstelsel wellicht geen onderscheiding tussen overtredingen en misdrijven of juist een driedeling kent, behoeft daarbij geen onoverkomelijk obstakel te vormen. Aan de hand van materiële criteria kan de Nederlandse rechter vaststellen of een bepaald strafbaar feit als misdrijf moet worden aangemerkt. Zo ligt het in ieder geval voor de hand om alle strafbare feiten die worden bedreigd met een vrijheidsbenemende straf met een maximum van ten minste één jaar als misdrijf aan te merken.<sup>63</sup> Ook op andere gronden kan de rechter tot het oordeel komen dat de vreemde strafbaarstelling een strafbaarstelling als misdrijf behelst. De strafbaarheid van poging tot het betreffende feit of de mogelijkheid om het equivalent van de Nederlandse tbs op te leggen, kunnen aanwijzingen zijn dat het een misdrijf betreft.<sup>64</sup>

### **Nieuwe plaats van de deelneming**

Sedert de publicatie van de dissertatie van De Vries-Leemans is de rechtspraak van de Hoge Raad inzake de plaats waar het feit geacht moet worden gepleegd te zijn verder geëvolueerd. Het standpunt van De Vries-Leemans dat de plaats van de deelnemingshandeling doorslaggevend is, is niet meer het enige juiste uitgangspunt.

Wanneer de deelnemingshandeling niet in Nederland heeft plaatsgevonden, kan Nederland volgens recente jurisprudentie nog steeds rechtsmacht hebben omdat *het feit in Nederland is gepleegd*.

<sup>63</sup> Naar Nederlands recht kan slechts voor misdrijven gevangenisstraf worden opgelegd (Remmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 105). De vrijheidsbenemende straf voor overtredingen is hechtenis. Volgens art. 18 lid 1 Sr kan de duur van de hechtenis als sanctienorm in een delictsomschrijving de duur van een jaar niet te boven gaan. Wanneer de vreemde wetgever een bepaald strafbaar feit, ongeacht de kwalificatie naar zijn eigen recht, heeft bedreigd met een vrijheidsbenemende straf van meer dan een jaar kan de Nederlandse rechter dit feit materieel aanmerken als een misdrijf naar dat vreemde recht.

<sup>64</sup> Volgens de art. 45 en 46 Sr kunnen de poging en voorbereiding slechts strafbaar zijn indien zij betrekking hebben op misdrijven. Volgens art. 37a lid 1 Sr is tbs slechts mogelijk indien het door de verdachte begane feit een misdrijf is dat met ten minste vier jaren gevangenisstraf wordt bedreigd of het één van de misdrijven betreft die daar in het bijzonder genoemd worden.

De kwestie van de plaats delict kwam aan de orde in een uitleveringszaak. De Verenigde Staten hadden een verzoek tot uitlevering gedaan wegens *conspiracy* tot de smokkel van XTC en heroïne naar de Verenigde Staten.<sup>65</sup> Art. 2 lid 3 van het uitleveringsverdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten stelt dat:

Uitlevering wordt toegestaan voor feiten die tot uitlevering kunnen leiden en die zijn gepleegd buiten het grondgebied van de verzoekende Staat indien:

- a) de rechters van de aangezochte Staat in gelijksoortige omstandigheden bevoegd zouden zijn daarover rechtsmacht uit te oefenen (...).

Volgens het cassatiemiddel zou Nederland geen rechtsmacht hebben gehad ten aanzien van de betreffende gedraging wanneer onder vergelijkbare omstandigheden in Nederland voor deelneming aan een organisatie als bedoeld in art. 140 Sr zou worden vervolgd. De verdachte bevond zich immers niet in de Verenigde Staten toen hij zijn deelnemingshandelingen verrichtte. Bij gebreke aan andere gronden dan het territorialiteitsbeginsel waarop rechtsmacht zou kunnen worden uitgeoefend zou dus de plaats van de deelnemingshandeling van doorslaggevende betekenis zijn bij een vervolging in Nederland. Wanneer de deelnemingshandelingen buiten Nederland zouden hebben plaatsgevonden zou Nederland dus geen rechtsmacht hebben gehad aldus het middel. Om die reden zou de uitlevering geweigerd moeten worden.

De Hoge Raad beslist anders. Daartoe overweegt hij dat Nederland wel degelijk rechtsmacht heeft ten aanzien van deelneming aan een organisatie in het buitenland wanneer het oogmerk van die organisatie erin bestaat opzettelijk XTC binnen Nederland te brengen. In dat geval is de organisatie gericht op verwezenlijking van haar criminele oogmerk in Nederland. Die omstandigheid brengt mee, aldus nog steeds de Hoge Raad, dat *het feit van de deelneming zich in elk geval ook in Nederland heeft voorgedaan en dat de betrokkene zich in Nederland aan een strafbaar feit zou hebben schuldig gemaakt*.<sup>66</sup>

De plaats waar de organisatie haar oogmerk beoogt te verwezenlijken, moet dus worden aangemerkt als plaats waar het misdrijf deelneming aan een organisatie is begaan. Uit de woorden *heeft het feit van de deelneming zich in elk geval ook in Nederland voorgedaan* kan worden afgeleid dat dit criterium niet bedoeld is om in de plaats te treden van de plaats van deelneming. Het nieuwe criterium komt er gewoon bij.

Echt nieuw is dit criterium overigens niet. Strijards meende reeds in 1984 dat zelfstandige deelnemingsvormen (die hij onderscheidt van de accessoire van de art. 47 en 48 Sr) primair geacht moeten worden plaats te hebben gehad op de plaats waar zij *het meest storende effect* hebben gehad. Subsidiair komt de plaats van de lichamelijke gedraging in beeld.<sup>67</sup>

Wolswijk stelt dat de precieze betekenis van de overweging van de Hoge Raad niet zeker is. Hij acht twee lezingen mogelijk. In de ruime betekenis heeft de Hoge Raad, zoals door Strijards bepleit, bedoeld duidelijk te maken dat de deelneming aan een or-

<sup>65</sup> In paragraaf 3.3.1.2 zal aan de orde komen dat de Nederlandse uitleveringsrechter de strafbaarheid naar Nederlands recht van de Angelsaksische rechtsfiguur *conspiracy* vaak aanneemt op grond van art. 140 Sr.

<sup>66</sup> HR 18 december 2001, NJ 2003, 315.

<sup>67</sup> G.A.M. Strijards, Internationaal strafrecht, Strafrechtsmacht, Algemeen Deel, Gouda Quint, Arnhem, 1984, p. 262.

ganisatie als bedoeld in art. 140 Sr altijd geacht kan worden (mede) in Nederland plaatsgehad te hebben wanneer het oogmerk van die organisatie is gericht op het plegen van misdrijven in Nederland. De tweede mogelijkheid is dat de mogelijkheid om de deelneming in Nederland te situeren volledig afhankelijk is van het feit dat de misdrijven die werden beoogd naar hun aard in Nederland zouden moeten plaatsvinden. Omdat de wettelijke delictomschrijving van art. 2 onder A Opw het bestanddeel Nederland bevat, zou dit misdrijf per definitie (mede) in Nederland plaatsvinden. De organisatie die dergelijke misdrijven beoogt, is per definitie in Nederland actief en om die reden kan ook de deelneming geacht worden in Nederland te hebben plaatsgevonden.

Het is duidelijk dat de laatst beschreven leer een veel beperktere uitbreiding geeft aan de locus delicti-leer van art. 140 Sr. Het arrest zou dan bijvoorbeeld geen gevolgen hebben voor de plaats waar de deelneming aan een organisatie die het plegen van valsheid in geschrifte in Nederland beoogt. Daar blijft de plaats van de deelnemingshandeling de plaats van deelneming. Wolswijk merkt op dat op grond van de geldende jurisprudentie omtrent de poging en voorbereiding geen van beide mogelijkheden als passend in het Nederlandse strafrecht kan worden aangemerkt.<sup>68</sup>

Problemen als hiervoor beschreven met betrekking tot de organisatie die in het buitenland gevestigd is, doen zich ook hier voor. De in het buitenland verrichte deelnemingshandeling behoeft daar immers helemaal niet strafbaar te zijn. Wanneer die deelnemingshandeling zelf geen strafbaar feit oplevert en de door de organisatie beoogde handelingen geen misdrijven zijn dan wel de deelneming aan een criminele organisatie helemaal niet strafbaar is gesteld, ontbreekt strafbaarheid op de plaats waar de deelnemingshandeling plaatsvond. Dergelijke problemen kunnen evenwel langs dezelfde weg worden opgelost als de problemen die werden geconstateerd ten aanzien van de organisatie die in het buitenland is gevestigd.

Minimumvoorwaarde voor het aanmerken als organisatie die tot oogmerk het plegen van misdrijven heeft, is ook hier dat de beoogde feiten naar Nederlands recht als misdrijf strafbaar zijn. Ook hier is uiteraard vereist dat de organisatie weet dat de betreffende feiten als misdrijf strafbaar zijn gesteld. Omdat hier de plaats waar de misdrijven zijn beoogd Nederland is, moet die wetenschap betrekking hebben op de strafbaarstelling als misdrijf naar Nederlands recht. Wetenschap van de strafbaarstelling als misdrijf naar het recht van een andere staat (bijvoorbeeld die waar de organisatie gevestigd is of waar de deelnemer zijn bijdrage aan de verwezenlijking van het oogmerk levert) volstaat niet, al zal een dergelijke wetenschap op bewijsrechtelijk niveau wel relevantie kunnen hebben. Wanneer de organisatie wist dat de betreffende gedragingen misdrijven naar vreemd recht waren dan zal het verweer dat de organisatie volstrekt onwetend was van de strafbaarheid als misdrijf naar Nederlands recht omdat men bij de mogelijkheid van die strafbaarheid nimmer heeft stilgestaan in de meeste gevallen *niet aannemelijk geworden* zijn.

Ook de deelnemer zal moeten weten dat het oogmerk van de organisatie gericht is op het plegen van feiten die in Nederland als misdrijf strafbaar zijn gesteld. Dat is temeer redelijk omdat de deelnemer in dergelijke gevallen niet in Nederland heeft gehandeld

---

<sup>68</sup> H.D. Wolswijk, Een aparte locus delicti-leer voor art. 140 Sr, DD 33 (2003), afl. 1, p. 38-47.

en wellicht ook op geen enkele manier met Nederland verbonden is. Wellicht is hij zelfs nimmer hier geweest. Dat hij dan toch kan worden vervolgd en bestraft in Nederland is niet zonder meer redelijk. Door te eisen dat hij wist dat hij deelnam aan een organisatie waarvan het oogmerk gericht was op het in Nederland plegen van feiten die naar Nederlands recht als misdrijf strafbaar zijn gesteld, wordt verzekerd dat men in Nederland slechts veroordeeld kan worden wegens deelneming aan een criminele organisatie wanneer men daar ook bedacht op had moeten zijn.

### 3.1.1.5 Conclusies ten aanzien van art. 140 Sr

De deelneming aan een criminele organisatie van art. 140 Sr is een bijzondere vorm van deelneming. Art. 140 Sr eist, anders dan de art. 47 en 48 Sr, niet dat de deelnemer heeft deelgenomen aan het plegen van een strafbaar feit. Het gaat om deelnemen aan de organisatie. Die organisatie hoeft, voor de toepassing van art. 140 Sr, nog helemaal niets strafwaardigs gedaan te hebben. Zodra de organisatie het plegen van misdrijven beoogt, kan tegen de deelnemer aan die organisatie art. 140 Sr worden toegepast.

Art. 140 Sr is de opvolger van de art. 265–268 CP. Die bepalingen waren door de Franse wetgever bedoeld om tegen rondtrekkende roversbendes op te treden. Strafbbaarstelling werd gerechtvaardigd geacht omdat van het enkele bestaan van organisaties die zijn opgericht om gedurende langere tijd een onbepaald aantal misdrijven van verschillende, maar onbepaalde, soort te plegen reeds een dreiging voor de samenleving zou uitgaan. Alhoewel art. 140 Sr (als misdrijf tegen de openbare orde) deze achtergrond dus deelt, heeft de Hoge Raad aan de verschillende bestanddelen van het delict een ruime betekenis toegekend die (met name in verband met het cumulatieve effect) met die achtergrond niet in alle opzichten goed verenigbaar lijkt.

Zo behoeft de organisatie niet opgericht te zijn om misdrijven te plegen. Evenmin is vereist dat het plegen van misdrijven het enige doel van de organisatie is. Een nobel einddoel hoeft aan het oordeel dat de organisatie het oogmerk heeft misdrijven te plegen niet in de weg te staan. Onzeker is hoe lang de periode gedurende welke de organisatie voornemens is misdrijven te plegen moet zijn om te kunnen zeggen dat de organisatie het plegen van misdrijven gedurende enige tijd beoogt. Dat de eisen dienaangaande niet erg hoog liggen, zou kunnen worden afgeleid uit het feit dat het plegen van meerdere misdrijven gedurende een ruime week aan toepassing van art. 140 Sr niet in de weg hoeft te staan. Daarbij werd geen betekenis toegekend aan het feit dat al die misdrijven in het teken stonden van de uitvoering van een enkel (crimineel) plan. Het feit dat de organisatie slechts het plegen van misdrijven van een bepaalde soort beoogt, behoeft aan het oordeel dat de organisatie het plegen van meerdere misdrijven beoogt niet in de weg te staan.

Alhoewel art. 140 Sr zich in het verleden van de civielrechtelijke termen *vereniging* en *rechtspersoon* bediende om de organisatie-eis uit te drukken is de toepassing van de strafbepaling nooit afhankelijk geweest van rechtspersoonlijkheid of enige ander juridisch kenmerk. De organisatorische eenheid is altijd feitelijk uitgelegd. Voldoende is (en was) dat sprake is van een *gestructureerd en duurzaam samenwerkingsverband*. Of daarvan sprake is, hangt sterk af van de concrete omstandigheden van het geval. In de rechtspraak wordt daarbij met name betekenis toegekend aan het feit dat naar derden toe als eenheid onder een gemeenschappelijke naam wordt opgetreden al is dit feit op zichzelf niet doorslaggevend.



Ook het bestanddeel *deelneming* is een feitelijk en geen juridisch begrip. Voor de invulling van dat begrip gelden twee cumulatieve eisen. Allereerst is vereist dat de betrokkene behoort tot het samenwerkingsverband. Daarnaast is vereist dat hij een bijdrage levert aan de verwezenlijking van het oogmerk van de organisatie. De gedragingen waarmee hij die bijdrage levert, kunnen strafbaar zijn, maar dat hoeft niet. De strafwaardigheid van de deelnemingshandeling is nu juist gelegen in het feit dat met die handeling het voortbestaan en functioneren van een organisatie die als bedreiging voor de samenleving wordt aangemerkt, wordt ondersteund. Omdat de deelnemingshandeling naar haar aard niet per definitie strafwaardig is, ligt het wel voor de hand om te eisen dat de deelnemer een zekere wetenschap heeft van het feit dat hij een bijdrage aan het criminele oogmerk van de organisatie biedt. De Hoge Raad heeft bepaald dat bewustzijn van de aanmerkelijke kans dat het oogmerk van de organisatie gericht is op het plegen van misdrijven niet volstaat. Voor deelneming is vereist dat de betrokkene daadwerkelijk weet dat de organisatie het plegen van misdrijven beoogt. Die wetenschap hoeft echter niet ten aanzien van alle misdrijven die worden beoogd te bestaan.

Voor zover art. 140 Sr wordt toegepast in zaken van internationale georganiseerde criminaliteit (waaronder mede internationaal terrorisme kan worden verstaan) kunnen bijzondere vragen met betrekking tot de plaats delict en de uitleg van bestanddelen actueel worden. De plaats waar het delict deelneming aan een organisatie als bedoeld in art. 140 Sr geacht moet worden te hebben plaatsgevonden, is in ieder geval de plaats waar de deelnemingshandeling werd verricht. Wanneer die handeling in Nederland verricht is, heeft de deelneming dus in Nederland plaatsgehad. De nationaliteit van de organisatie of de plaats waar zij haar activiteiten ontplooit of de beoogde misdrijven wil plegen, zijn daarbij niet relevant. Relevant is wel dat de (beoogde) activiteiten invulling geven aan het bestanddeel oogmerk tot het plegen van misdrijven. Daarvoor is in ieder geval vereist dat de betreffende feiten volgens het Nederlandse recht als misdrijf zijn strafbaar gesteld. Daarnaast is van belang dat de organisatie wetenschap heeft van het feit dat de betreffende feiten als misdrijf zijn strafbaar gesteld. Daarbij doet het niet ter zake of die kennis betrekking heeft op strafbaarstelling als misdrijf naar Nederlands recht of naar het recht van de plaats waar de organisatie haar oogmerk verwezenlijken wil of beide. Wanneer de beoogde of gepleegde feiten naar het recht van de plaats waar zij beoogd of gepleegd zijn niet of slechts als overtreding strafbaar is, zal de wetenschap van de rechtspersoon dus op de Nederlandse strafbaarstelling als misdrijf betrekking moeten hebben. Omdat voor deelneming vereist is dat de deelnemer weet dat het oogmerk van de organisatie gericht is op het plegen van misdrijven moet ook de deelnemer wetenschap hebben van deze strafbaarstelling. De Hoge Raad heeft echter ook de plaats waar de organisatie haar oogmerk wil verwezenlijken wel aangemerkt als de plaats waar het delict deelneming aan een organisatie als bedoeld in art. 140 Sr is gepleegd. Of dat in dat geval verband hield met het feit dat *Nederland* een bestanddeel is van de delictsomschrijving van de misdrijven die door de organisatie werden beoogd is niet geheel zeker. Voor zover de deelnemingshandeling in Nederland wordt geacht te hebben plaatsgevonden in verband met het feit dat Nederland de plaats is waar de organisatie haar criminele oogmerk wil verwezenlijken leidt bovengenoemd uitgangspunt ertoe dat zowel de organisatie als de deelnemer kennis moet hebben van het feit dat de betreffende feiten in Nederland als misdrijf strafbaar zijn gesteld. Nederland is in dat geval immers zowel de plaats waar de deelnemingshandeling geacht moet worden

te hebben plaatsgevonden als de plaats waar de organisatie haar criminele oogmerk wil verwezenlijken.

### 3.1.1.6 Betekenis van het voorgaande voor art. 140a Sr

Art. 140a Sr is een gekwalificeerde variant van art. 140 Sr. Als gezegd moeten de delictsbestanddelen van art. 140a Sr die ook in art. 140 Sr voorkomen hetzelfde worden uitgelegd als in art. 140 Sr. Ook voor art. 140a Sr geldt dan dus dat de deelnemings-handeling zelf geen misdrijf behoeft te zijn. Omdat de strafrechtelijke relevantie van het terroristisch oogmerk slechts aan misdrijven gekoppeld wordt, betekent dit dat de deelnemer zelf ook niet eens behoeft te handelen met een terroristisch oogmerk. De organisatie moet het plegen van misdrijven met een terroristisch oogmerk beogen. Het terroristisch oogmerk is dus het oogmerk van de organisatie en niet (noodzakelijkerwijs) tevens het oogmerk van de deelnemer.

### 3.1.2 Verhouding art. 140a Sr tot art. 2 Kaderbesluit

Dolman meent dat de Nederlandse uitvoering van art. 2 Kaderbesluit niet in overeenstemming is met de verplichtingen die dienaangaande uit het Kaderbesluit volgen. Hij constateert een aantal discrepanties tussen de omschrijving in het Kaderbesluit en de delictsomschrijving van art. 140a Sr. Allereerst betreft het dan het feit dat de omschrijving van *gestructureerde vereniging* in art. 2 Kaderbesluit niet identiek is aan het begrip *organisatie* als bedoeld in art. 140 Sr. Meest in het oog springende verschil is volgens hem dat voor een terroristische groep in de zin van het Kaderbesluit een samenwerking tussen *meer dan twee personen* vereist is. Vervolgens stelt hij dat het *dubbel oogmerk* (oogmerk tot het plegen van misdrijven met een terroristisch oogmerk) weinig verhelderend is. Tussen het terroristisch oogmerk van art. 1 Kaderbesluit en dat van art. 83a Sr constateert Dolman twee verschillen. Enerzijds is art. 83a Sr ruimer geformuleerd omdat ook het oogmerk om een *deel van de bevolking* ernstige vrees aan te jagen voor het terroristisch oogmerk kan volstaan. Anderzijds is art. 83a Sr juist enger omdat daarin geëist wordt dat het dwingen van een overheid of internationale organisatie *wederrechtelijk* plaatsvindt.

#### 3.1.2.1 Kaderbesluitconforme interpretatie

Volgens Dolman zou de Nederlandse rechter zich bij de uitleg van art. 140a Sr niet mogen laten leiden door art. 140 Sr maar zou hij aansluiting moeten zoeken bij het Kaderbesluit. Dat volgt volgens hem uit de rechtsoverwegingen 42 tot en met 47 van het arrest Pupino van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap. In deze uitspraak heeft het Hof volgens Dolman immers de verplichting voor de rechter geformuleerd om ook de nationale wetgeving ter implementatie van Kaderbesluiten zo veel mogelijk uit te leggen in het licht van het doel en de bewoordingen van het betreffende Kaderbesluit. Dat leidt ertoe dat de bestanddelen van art. 140a Sr die aan art. 140 Sr zijn ontleend niet, zoals de wetgever meent, zouden moeten worden uitgelegd in overeenstemming met de rechtspraak van de Hoge Raad inzake art. 140 Sr maar juist in het licht van de woorden en het doel van het Kaderbesluit. Daaraan zijn dan geen negatieve consequenties verbonden. Voor de gevallen die als gevolg van het verschil in betekenis van de bestanddelen van art. 140 Sr en art. 140a Sr buiten het bereik van art. 140a Sr vallen, blijft art. 140 Sr gewoon toepasselijk.<sup>69</sup>

<sup>69</sup> Dolman, Van bandieten en jihadisten: deelneming aan misdadige organisaties, o.c., p. 142-144.

De vraag die Dolman aan de orde stelt (is de Nederlandse rechter niet verplicht om de bestanddelen van art. 140a Sr uit te leggen in overeenstemming met het Kaderbesluit?), is de moeite van het beantwoorden waard. Een positieve beantwoording van die vraag is mijns inziens, in het licht van het belang van consistentie in betekenis van sanctienormen<sup>70</sup> en de bedoelingen van de wetgever<sup>71</sup>, evenwel niet zo volstrekt onproblematisch als Dolman stelt. Tenzij in het licht van de jurisprudentie van het HvJ EG de conclusie dat de Nederlandse rechter art. 140a Sr in afwijking van art. 140 Sr 'Kaderbesluitconform' moet interpreteren onontkoombaar is, zou ik van een dergelijke interpretatie geen voorstander zijn.

Daartoe zal eerst moeten worden vastgesteld in hoeverre tussen art. 140a Sr en art. 2 Kaderbesluit inderdaad verschillen bestaan. Vervolgens zullen de geconstateerde verschillen aan de criteria die jurisprudentie van het HvJ EG ontwikkeld zijn, getoetst moeten worden.

### 3.1.2.2 Verschillen en overeenkomsten art. 140 / 140a Sr en art. 2 Kaderbesluit

Het eerste door Dolman geconstateerde verschil valt niet te ontkennen. Voor een organisatie in de zin van art. 140 Sr volstaat een samenwerkingsverband van twee of meer personen.<sup>72</sup> Voor een samenwerkingsverband in de zin van het Kaderbesluit zijn tenminste drie deelnemers vereist. Het Kaderbesluit is daarmee strenger dan art. 140a Sr. Hier lijkt dus opnieuw sprake te zijn van een voorbeeld van de royale implementatie waar de wetgever bewust voor gekozen heeft.

Met zijn stelling dat de term dubbel oogmerk weinig verhelderend is, constateert Dolman op zichzelf geen verschil tussen art. 2 Kaderbesluit en art. 140a Sr. In art. 2 Kaderbesluit valt het dubbel oogmerk immers eveneens, zij het in enigszins afwijkende bewoordingen, te ontwaren. De personen die zich verenigd hebben, treden in overleg op *om terroristische misdrijven te plegen*. De gecursiveerde woorden *om* en *terroristische* geven de beide oogmerken die ook in art. 140a Sr zijn neergelegd weer. Mogelijk, maar erg duidelijk is dat niet, probeert Dolman de aandacht te vestigen op het feit dat het in art. 140a Sr zonder meer gaat om het oogmerk van de organisatie terwijl de tekst van art. 2 Kaderbesluit lijkt te duiden op het oogmerk van de personen die zich hebben verenigd. Indien die lezing van het Kaderbesluit juist is, moet opnieuw vastgesteld worden dat art. 140a Sr ruimer is dan het Kaderbesluit. Deelnemers die in een samenwerkingsverband opereren om zelf misdrijven te kunnen plegen, vallen binnen de omschrijving van beide bepalingen. Deelnemers die slechts een opzettelijke bijdrage leveren aan het oogmerk van de organisatie die op zichzelf niet strafbaar is, terwijl die deelnemers bij het overleg niet betrokken waren, lijken dan buiten het bereik van art. 2 Kaderbesluit te vallen. Zij kunnen wel als deelnemer in de zin van art. 140a Sr worden aangemerkt.

<sup>70</sup> Dit is geen absolute eis. Zo heeft het bestanddeel *oogmerk* in verschillende delictsomschrijvingen een verschillende betekenis. Omwille van de helderheid van strafbepalingen dient evenwel de voorkeur te worden gegeven aan een identieke uitleg van hetzelfde bestanddeel in verschillende delictsomschrijvingen.

<sup>71</sup> De memorie van toelichting (TK 2001-2002, 28463, nr. 3, p. 9) stelt heel expliciet dat de gemeenschappelijke bestanddelen van de art. 140 en 140a Sr hetzelfde moeten worden uitgelegd.

<sup>72</sup> In de zaak die heft geleid tot het arrest HR 8 oktober 2002, NJ 2003, 64 was ten laste van verdachte bewezen verklaard dat *hij in de periode van 1 januari 1996 tot en met 30 maart 1998 in Nederland heeft deelgenomen aan een organisatie, die gevormd werd door hem, verdachte en een ander (te weten: B. B.), welke organisatie tot oogmerk had het plegen van misdrijven.*

Het volgende verschil waar Dolman op wijst is minder evident. In paragraaf 2.2.2.1 werd vastgesteld dat de minister van mening was dat de zinsnede *een deel der bevolking* een adequatere vertaling van *een bevolking* in art. 1 Kaderbesluit was dan *de bevolking* waarvan in het oorspronkelijke wetsvoorstel werd gesproken. Op die plaats werd geconcludeerd dat de opvatting van de minister voor juist moet worden gehouden. Terroristische misdrijven zullen er immers nooit op gericht zijn de gehele bevolking vrees aan te jagen. In iedere bevolking zullen de daders immers wel sympathisanten (hoe weinig ook) hebben. Die willen zij niet van zich afkeren. In de letterlijke betekenis zou het bestanddeel *de bevolking* juist aan een correcte toepassing in de weg staan. Naar het mij voorkomt is het door Dolman geconstateerde verschil derhalve slechts schijn.

Het laatste verschil waarvan hij spreekt, ontgaat mij. Hij wijst erop dat het oogmerk om de overheid te dwingen slechts als terroristisch oogmerk in de zin van art. 83a Sr heeft te gelden wanneer dat dwingen wederrechtelijk is. Dat levert geen verschil op met art. 1 Kaderbesluit waar het immers gaat om het oogmerk *om de overheid of een internationale organisatie op onrechtmatige wijze te dwingen tot het verrichten of het zich onthouden van een handeling*. Zoals hiervoor in paragraaf 2.2.1.2 aan de orde kwam heeft de toevoeging van *wederrechtelijk* aan art. 83a Sr juist plaatsgevonden om uitvoering te geven aan de eis van art. 1 Kaderbesluit dat het oogmerk gericht zou moeten zijn op het *op onrechtmatige wijze dwingen*.

De laatste twee ‘verschillen’ tussen art. 140a Sr en art. 2 Kaderbesluit vinden overigens hun oorzaak in het verschil tussen art. 83a Sr en art. 1 Kaderbesluit. Deze ‘verschillen’ gelden derhalve voor alle terroristische misdrijven en niet slechts voor art. 140a Sr.

Met uitzondering van de onduidelijke (en mijns inziens feitelijk onjuiste) stelling dat de WTM enger is dan het Kaderbesluit nu art. 83a Sr alleen het oogmerk om wederrechtelijk te dwingen als terroristisch oogmerk aanmerkt, constateert Dolman steeds dat de Nederlandse wetgever verder is gegaan dan waartoe het Kaderbesluit verplicht. In de kern lijkt zijn kritiek aldus samen te vatten tot de stelling dat het recht van de derde pijler van de EU aan de royale implementatie waarvoor de wetgever gekozen heeft in de weg staat.

### **Gestructureerde vereniging en organisatie**

Uitgebreidere aandacht verdient, ook afgezien van de door Dolman concreet benoemde verschillen tussen beide bepalingen, het verschil tussen de omschrijving van de begrippen *terroristische groep* en *gestructureerde vereniging* in art. 2 Kaderbesluit enerzijds en de uitleg door de Hoge Raad van het bestanddeel *organisatie* in de zin van art. 140 Sr anderzijds.

Art. 2 lid 1 Kaderbesluit beschrijft het begrip *gestructureerde vereniging* in negatieve termen. Het somt een aantal elementen op dat duidt op een te lage graad van organisatie en een aantal elementen waaraan niet voldaan behoeft te zijn voldaan omdat dan naar het oordeel van de ontwerpers van het Kaderbesluit te strenge eisen zouden worden gesteld. De invulling van het begrip *gestructureerde vereniging* in de nationale wetgeving van de lidstaten moet dus tussen deze grenzen liggen.

De ondergrens wordt daarbij als volgt ingevuld: *een vereniging die niet toevallig tot stand is gekomen met het oog op een onverwijld te plegen strafbaar feit*. Hiervoor, in paragraaf 3.1.1.1, bleek dat de kern van de organisatie in de zin van art. 140 Sr gelegen was in het be-

staan van een gestructureerd samenwerkingsverband met een zekere duurzaamheid. Van een organisatie is sprake indien *de deelnemers niet ieder voor zich, maar in een zekere duurzame onderlinge samenwerking participeren*. Ook wanneer het gaat om optreden in groepsverband kan niet van een organisatie in de zin van art. 140 Sr gesproken worden zolang slechts sprake is van *initiatieven van individuele personen dan wel van incidenteel samenwerkende personen of groepen van personen*. Relevante factoren bij de vaststelling dat van een dergelijk samenwerkingsverband sprake is, betreffen: regelmatige vergaderingen waar besluiten worden genomen en instructies worden vastgesteld, het bijhouden van een administratie en boekhouding, een (vaste) taakverdeling, de ontplooiing van activiteiten in verband met het optreden naar de buitenwereld, de werving van personen en fondsen en het optreden onder een gemeenschappelijke naam. Ook in de rechtspraak van de Hoge Raad is dus een vereniging waarvan de totstandkoming op toeval berust en die gericht is op een eenmalige kortstondige samenwerking niet voldoende. Anders dan in het Kaderbesluit is in de Nederlandse jurisprudentie voor de invulling van het bestanddeel *organisatie* niet vereist dat meer dan een enkel misdrijf wordt gepleegd. Ook wanneer geen enkel misdrijf wordt beoogd kan van een organisatie sprake zijn. Alhoewel de vraag of sprake is van een organisatie positief beantwoord kan worden aan de hand van de vaststelling dat sprake is van een *samenwerkingsverband waarin de deelnemers zich hebben verenigd tot het bereiken van een gemeenschappelijk misdadig doel*, behoeft een organisatie op zich zelf helemaal geen strafrechtelijk relevant karakter te hebben. Voor de toepassing van de art. 140 en 140a Sr zijn organisaties evenwel eerst van belang wanneer zij tot oogmerk het plegen misdrijven hebben. Daaruit volgt dat wanneer slechts het plegen van een enkel misdrijf wordt beoogd de art. 140 en 140a Sr niet toegepast kunnen worden. De minimumvoorwaarden voor toepasselijkheid van art. 140a Sr verschillen aldus niet of nauwelijks van de ondergrens van art. 2 lid 1 Kaderbesluit.

De bovengrens van het eerste lid van art. 2 Kaderbesluit wordt gevormd door: *formeel afgebakende taken van de leden, continuïteit in de samenstelling en een ontwikkelde structuur*. In paragraaf 3.1.1.1 werd tevens duidelijk dat een organisatie niet steeds uit dezelfde personen behoeft te bestaan. Wisselingen in samenstelling behoeven aan het oordeel dat sprake is van een (zelfde) organisatie niet in de weg te staan. Omdat het samenwerkingsverband wel duurzaam en gestructureerd moet zijn, ligt het wel voor de hand dat er tenminste een vaste harde kern van sleutelfiguren is.

Dat de lidstaten volgens het Kaderbesluit in hun nationale strafbaarstelling van *het deelnemen aan de activiteiten van een terroristische groep* niet mogen eisen dat die groep *een ontwikkelde structuur* heeft, betekent zeer zeker niet dat helemaal geen structuur geëist mag worden. Het gaat hier immers om een omschrijving van de bovengrens van een *gestructureerde vereniging*. Een zekere mate van structuur is derhalve ook in termen van art. 2 lid 1 Kaderbesluit een minimumvereiste om van een terroristische groep te kunnen spreken. De structuur die de Hoge Raad eist voor een organisatie als bedoeld in art. 140 Sr behoeft zeker niet zeer ontwikkeld te zijn. In ieder geval is voor een organisatie als bedoeld in art. 140 Sr niet vereist dat sprake is van *geledingen* of van een *hiërarchie*.<sup>73</sup> Een *ontwikkelde structuur* zonder enige vorm van hiërarchie lijkt niet goed denkbaar. De eis van een ontwikkelde structuur wordt door de Hoge Raad dan ook waarschijnlijk

<sup>73</sup> HR 11 april 2006, LJN: AU9130.

niet gesteld. Indien er wel een hiërarchische relatie bestaat tussen verschillende personen kan dat overigens wel een aanwijzing zijn voor het bestaan van een organisatie.

Iets soortgelijks geldt ten aanzien van de *formeel afgebakende taken* die volgens art. 2 lid 1 Kaderbesluit in de nationale wetgeving van de lidstaat niet als voorwaarde voor het bestaan van een terroristische groep mogen worden gesteld. Een zekere werkverdeling lijkt zowel aan de terroristische groep van art. 2 Kaderbesluit als aan de organisatie van art. 140 Sr inherent. Eigen aan de terroristische groep is volgens art. 2 lid 1 Kaderbesluit dat de sprake is van een *gestructureerde vereniging van meer dan twee personen die in overleg optreden om terroristische misdrijven te plegen*. Een dergelijk overleg moet in zekere zin wel leiden tot een bepaalde vorm van werk- of taakverdeling. Hetzelfde geldt uiteraard voor de invulling van de *organisatie* als samenwerkingsverband. Samenwerken leidt al gauw tot werkverdeling. Een zekere mate van taakverdeling lijkt aldus zonder meer vereist te zijn voor zowel de *terroristische groep* als de *organisatie*. De bovengrens lijkt dus vooral betrekking te hebben op de formele afbakening van die taken. Van een dergelijke formele afbakening zal in ieder geval sprake zijn wanneer de precieze taken van de deelnemer in de statuten van een rechtspersoon of in een schriftelijke arbeids-overeenkomst zijn omschreven. In de Mariënburchtzaak<sup>74</sup> die hiervoor reeds aan de orde kwam, vond een werkverdeling plaats door de vorming van een binnengroep, een buitengroep, een contactgroep, een persgroep en een EHBO-post. Ten aanzien van een dergelijke vorming die het gevolg is van binnen de groep algemeen geldende en erkende besluitvormingsprocedures zou volgehouden kunnen worden dat tevens sprake is een formele afbakening als in het Kaderbesluit bedoeld. Zeker is dat niet. Wat daarvan zij in de rechtspraak van de Hoge Raad wordt de vaststelling van een dergelijke taakverdeling niet steeds geëist. Er wordt in ieder geval niet in ieder arrest waar de aanwezigheid van een organisatie ter discussie staat voor het bewijs van het bestaan van die organisatie geëist dat het bestaan van een taakverdeling wordt aangetoond. Een voorbeeld daarvan biedt een arrest van de Hoge Raad uit 1985 waaraan ook reeds in paragraaf 3.1.1.1 werd gerefereerd. Voldoende was (naast het optreden als eenheid naar derden onder een gemeenschappelijke naam) dat de verdachten waren *overeengekomen een samenwerkingsverband tot stand te brengen waarin zij volgens door hen gestelde regels en voor het door hen gestelde doel wilden samenwerken*.<sup>75</sup>

Op grond van feiten die niet noodzakelijkerwijs de vaststelling van welke taakverdeling dan ook inhouden, mocht het hof dus tot het oordeel komen dat van een samenwerkingsverband sprake was. Wanneer van een zodanige taakverdeling wel sprake is, kan daarin een aanwijzing gelegen zijn dat sprake is van een organisatie als bedoeld in de art. 140 en 140a Sr. Zo heeft deze vaststelling zonder enige twijfel een rol gespeeld bij het oordeel dat in de Mariënburchtzaak sprake was van een *rechtspersoon* als bedoeld in art. 140 (oud) Sr. Ten aanzien van de aard van het samenwerkingsverband bestaan derhalve grote overeenkomsten tussen de *gestructureerde vereniging* als omschreven in art. 2 lid 1 Kaderbesluit en de *organisatie* als bedoeld in de art. 140 en 140a Sr.

Volgens art. 2 lid 1 Kaderbesluit is een gestructureerde vereniging aan te merken als *terroristische groep* wanneer zij bestaat uit *personen die in overleg optreden om terroristische misdrijven te plegen*. Het equivalent van deze zinsnede in art. 140a Sr betreft het bestanddeel *die tot oogmerk heeft het plegen van terroristische misdrijven*. In beide bepalingen betreft het

<sup>74</sup> HR 16 oktober 1990, NJ 1991, 442.

<sup>75</sup> HR 26 november 1985, NJ 1986, 389.

dus een meervoud van terroristische misdrijven. Een enkel terroristisch misdrijf volstaat niet. In geen van beide bepaling is vereist dat er al enig terroristisch misdrijf is gepleegd. Voldoende is dat sprake is van een voornemen om dergelijke misdrijven te plegen. Een verschil tussen beide bepalingen is dat de formulering in het Kaderbesluit de nadruk legt op de bedoeling van de personen die de groep vormen om terroristische misdrijven te plegen terwijl het bij art. 140a Sr gaat om het oogmerk van de organisatie. Dit verschil lijkt evenwel geen inhoudelijke betekenis te hebben.

Ook de organisatie in de zin van art. 140a Sr wordt immers gevormd door personen. Deze personen zijn *overeengekomen een samenwerkingsverband tot stand te brengen waarin zij volgens door hen gestelde regels en voor het door hen gestelde doel wilden samenwerken*. Ook bij art. 140a Sr gaat het dus uiteindelijk om het oogmerk van de personen die de organisatie vormen of tenminste om sleutelfiguren die daarvan deel uitmaken. Ook het feit dat een organisatie kan worden ‘misbruikt’ door personen die het in die organisatie voor het zeggen hebben waardoor zij geacht kan worden het plegen van misdrijven tot oogmerk te hebben, maakt duidelijk dat voor zover een organisatie al een oogmerk kan hebben dat los staat van het oogmerk van de personen die de organisatie vormen het laatste oogmerk van doorslaggevende betekenis is of in ieder geval kan zijn. Op dit punt moet art. 140a Sr dus in volledige overeenstemming met art. 2 lid 1 Kaderbesluit geacht worden.

### **Deelnemen en deelneming**

De verplichtingen tot strafbaarstelling van art. 2 Kaderbesluit zijn te vinden in het tweede lid van art. 2 Kaderbesluit. Het betreft daarbij allereerst *het leiden van een terroristische groep* (art. 2 lid 2 onder a) Kaderbesluit). Daarnaast moet ook *het deelnemen aan de activiteiten van een terroristische groep* strafbaar worden gesteld (art. 2 lid 2 onder b) Kaderbesluit). De omschrijving van art. 2 lid 2 onder b) Kaderbesluit en de invulling van het bestanddeel deelneming van art. 140 Sr door de Hoge Raad vertonen treffende overeenkomsten.

Art. 2 lid 2 onder b) Kaderbesluit stelt dat onder deelneming in de zin van die bepaling onder meer moet worden verstaan het verstrekken van gegevens of middelen of het financieren van de activiteiten van de groep. De bepaling maakt tevens duidelijk dat deelneming opzettelijk plaats moet vinden. De deelnemer moet weten *dat deze deelneming bijdraagt aan de criminele activiteiten van de groep*.

In paragraaf 3.1.1.3 bleek reeds dat volgens de Hoge Raad van deelneming sprake is indien *betrokkene behoort tot het samenwerkingsverband en een aandeel heeft in, dan wel ondersteunt, gedragingen die strekken tot of rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking van het in dat artikel bedoelde oogmerk*. In paragraaf 3.1.3.2 zal nog aan de orde komen dat hieronder mede verstaan moet worden het werven van personen of fondsen voor de organisatie. Ook het verlenen van financiële steun kan als deelnemingshandeling worden aangemerkt. Met de inwerkingtreding van de WTM is dit ook met zo veel woorden in art. 140 lid 4 (en art. 140a lid 3) Sr vastgelegd. Voor deelneming in de zin van art. 140 Sr is, als gezegd, wel vereist dat *betrokkene in zijn algemeenheid weet (in de zin van onvoorwaardelijk opzet) dat de organisatie tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven*.

Zowel voor deelneming in de zin van art. 2 Kaderbesluit als van de art. 140 en 140a Sr is dus vereist dat de deelnemer weet dat het oogmerk van de organisatie gericht is op het plegen van misdrijven.

Ook de inhoud van de deelnemingshandeling vertoont sterke overeenkomsten. Het blijkt steeds te moeten gaan om handelingen die, in de ruimste zin des woords, bijdragen aan het plegen van die misdrijven door de groep. Net zo min als dat voor deelneming in de zin van de art. 140 en 140a Sr het geval is, eist art. 2 Kaderbesluit dat de deelnemer zelf enig misdrijf pleegt. De tekst van het Kaderbesluit lijkt strenger dan de uitleg van het bestanddeel deelneming door de Hoge Raad in die zin dat het Kaderbesluit eist dat de deelnemer niet alleen wist dat de groep het plegen van misdrijven tot oogmerk had maar tevens dat hij wist dat zijn handeling aan de verwezenlijking van dat oogmerk bijdroeg.

De vraag in hoeverre de deelnemer in de zin van de art. 140 en 140a Sr opzet moet hebben gehad op het leveren van een bijdrage aan de verwezenlijking van dit oogmerk is door de Hoge Raad nog niet expliciet beantwoord. In paragraaf 3.1.1.3 werd, naar aanleiding van de door Van Strien geconstateerde lacune in de deelnemingscriteria van de Hoge Raad, bepleit dienaangaande tenminste te eisen dat de deelnemer willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat hij met zijn handelen een bijdrage leverde aan de verwezenlijking van het criminele oogmerk van de organisatie. In hoeverre de eis van wetenschap dat de handeling bijdraagt aan de verwezenlijking van het misdadige oogmerk van de groep in het Kaderbesluit tevens voorwaardelijk opzet omvat, valt niet met zekerheid te stellen. Voor zover dat niet het geval is en de Nederlandse deelneming dus geacht moet worden ruimer te zijn dan die van het Kaderbesluit moet in ieder geval worden opgemerkt dat het verschil minder groot is dan het op het eerste gezicht mogelijk lijkt.

In een ander opzicht is de deelneming van de art. 140 en 140a Sr juist enger dan die van het Kaderbesluit. Het betreft dan de eis dat de deelnemer behoort tot het samenwerkingsverband. Een dergelijke eis komt in het Kaderbesluit niet voor. Omdat art. 140 Sr een zelfstandige strafbaarstelling is, kan sprake zijn van deelneming in de zin van de art. 47 Sr aan deelneming in de zin van art. 140 Sr. Wie niet behoort tot het samenwerkingsverband zal dan vaak wel als medepleger van of medeplichtige bij / tot de deelneming van iemand die wel behoort tot het samenwerkingsverband kunnen worden aangemerkt. Ook hier zal het verschil in de rechtspraktijk naar alle waarschijnlijkheid kleiner blijken dan op grond van een vergelijking van de tekst van het Kaderbesluit en de rechtspraak van de Hoge Raad zou kunnen worden vermoed.

## **Conclusie**

Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat er sterke overeenkomsten bestaan tussen de gedraging die volgens art. 2 Kaderbesluit strafbaar moet worden gesteld en de strafbaarstellingen van de art. 140 en 140a Sr. In een enkel opzicht lijken de Nederlandse strafbaarstellingen evenwel verder te gaan dan waartoe het Kaderbesluit verplicht.

De vraag is dan in hoeverre het recht van de Europese Unie de Nederlandse strafrechter dwingt tot een restrictievere interpretatie van art. 140a Sr dan de wetgever heeft beoogd.

### **3.1.2.3 De verplichting tot kaderbesluitconforme interpretatie**

Als gezegd meent Dolman op grond van het arrest Pupino van het HvJ EG dat eventueel verschillen tussen art. 2 Kaderbesluit en art. 140a Sr, ongeacht het antwoord op de vraag of art. 140a Sr ruimer of juist enger is dan het Kaderbesluit, moeten worden weggenomen doordat de rechter de bestanddelen van art. 140a Sr uitlegt in het licht



van de tekst van art. 2 Kaderbesluit. De betreffende rechtsoverwegingen van het arrest Pupino luiden als volgt:

42. Het zou voor de Unie moeilijk zijn haar taak doeltreffend te vervullen indien het beginsel van loyale samenwerking, dat onder meer inhoudt dat de lidstaten alle passende algemene en bijzondere maatregelen treffen om de nakoming van de voor hen uit het recht van de Europese Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren, niet tevens gold in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken, die overigens volledig is gegrondvest op de samenwerking tussen de lidstaten en de instellingen, zoals de advocaat-generaal in punt 26 van haar conclusie terecht heeft opgemerkt.

43. Gelet op de voorgaande overwegingen moet worden geconcludeerd, dat het beginsel van conforme uitlegging ook geldt ten aanzien van de kaderbesluiten die in het kader van titel VI van het Verdrag betreffende de Europese Unie zijn vastgesteld. De verwijzende rechter die bij de toepassing van zijn nationale recht tot uitlegging daarvan moet overgaan, is verplicht dit zo veel mogelijk te doen in het licht van de bewoordingen en het doel van het kaderbesluit, teneinde het daarmee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan het bepaalde in artikel 34, lid 2, sub b, EU te voldoen.

44. Niettemin moet erop worden gewezen, dat de verplichting van de nationale rechter om de inhoud van een kaderbesluit te betrekken bij de uitlegging van de relevante bepalingen van zijn nationale recht, haar grenzen vindt in de algemene rechtsbeginselen en met name in het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van non-retroactiviteit.

Deze beginselen verzetten zich er onder meer tegen dat deze verplichting de strafrechtelijke aansprakelijkheid van degenen die in strijd met de bepalingen van een kaderbesluit handelen, zou kunnen bepalen of verzwaren uitsluitend op grond van een dergelijk besluit, onafhankelijk van een ter uitvoering ervan vastgestelde wet (...)

47. De verplichting van de nationale rechter om de inhoud van een kaderbesluit te betrekken bij de uitlegging van de relevante bepalingen van zijn nationale recht houdt daar op, waar het nationale recht niet zodanig kan worden toegepast dat het tot een resultaat leidt dat verenigbaar is met het door dit kaderbesluit beoogde resultaat. Met andere woorden, het beginsel van conforme uitlegging kan niet als grondslag dienen voor een uitlegging contra legem van het nationale recht. Dit beginsel vereist echter wél, dat de nationale rechter in voorkomend geval het nationale recht in zijn geheel beziet om te beoordelen of het zodanig kan worden toegepast dat het niet tot een met het kaderbesluit strijdig resultaat leidt.<sup>76</sup>

De rechter is verplicht om nationale uitvoeringswetgeving zoveel mogelijk uit te leggen *in het licht van de bewoordingen en het doel van het Kaderbesluit*. Dat brengt evenwel niet mee dat de rechter de bedoelingen van de nationale wetgever zonder meer naast zich neer kan of moet leggen en afstand moet nemen van de betekenis die bepaalde bestanddelen in andere delictomschrijvingen hebben. Op zich zelf staan de geciteerde overwegingen immers niet aan een royale implementatie van het Kaderbesluit in de weg. Dat de nationale uitvoeringswetgeving verder gaat dan het Kaderbesluit behoeft dan ook geen probleem te zijn. In ieder geval brengt dit op zichzelf nog niet mee dat de rechter verplicht is om zijn nationale recht restrictief te interpreteren om zo dicht mogelijk bij de tekst van het Kaderbesluit te komen. Dat betekent evenwel niet dat de

<sup>76</sup> HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03.

rechter nimmer verplicht zou zijn om het bereik van de uitvoeringswetgeving die verder gaat dan het Kaderbesluit in het licht van dat Kaderbesluit restrictiever uit te leggen dan de nationale wetgever het heeft bedoeld. Het arrest legt de nationale rechter die verplichting mijns inziens op wanneer de wetgever in zijn royale implementatie niet slechts verder gaat dan de letterlijke tekst van het Kaderbesluit maar wanneer die royale implementatie *in het licht van de bewoordingen en het doel van het kaderbesluit* met het Kaderbesluit in strijd komt.

Wanneer komt uitvoeringswetgeving met het Kaderbesluit in strijd? Dat zou in het onderhavige verband in ieder geval het geval zijn geweest wanneer art. 140a Sr onder de ondergrens (het plegen van een enkel strafbaar feit door eenmalig en min of meer toevallig samenwerkende personen) van art. 2 lid 1 Kaderbesluit zou zijn gedoken. Een ander voorbeeld zou geweest zijn het geval dat de Nederlandse uitvoeringswetgeving er effectief op neer zou komen dat deelnemers aan vreedzame demonstraties en protestacties vervolgd zouden kunnen worden wegens terroristisch misdrijf. Art. 1 lid 2<sup>77</sup> van het Kaderbesluit stelt immers duidelijk, in navolging van de preambule bij het Kaderbesluit<sup>78</sup>, dat de implementatie van het Kaderbesluit niet mag leiden tot beperkingen van grondrechten en fundamentele vrijheden.

Dat van een organisatie in de zin van art. 140a Sr sprake kan zijn wanneer twee personen gedurende enige tijd gestructureerd samenwerken terwijl art. 2 lid 1 Kaderbesluit lidstaten verplicht om te voorzien in strafbaarstelling van een samenwerkingsverband van drie personen of meer betekent niet dat art. 140a Sr met het Kaderbesluit in strijd is. De uitvoering die door art. 140a Sr wordt gegeven aan het Kaderbesluit is met het doel van dat Kaderbesluit op geen enkele wijze in strijd. Een andersluidende conclusie zou ertoe leiden dat voor een correcte implementatie eigenlijk maar één mogelijkheid bestaat, te weten de relevante passages uit het Kaderbesluit letterlijk overschrijven. Dan wordt de ruimte om strafbepalingen met een Europese herkomst in het systeem van het eigen nationale strafrecht in te passen non-existent. Dat het arrest Pupino een dergelijke strekking heeft, lijkt niet erg waarschijnlijk.

### 3.1.3 Oorspronkelijk voorstel en wijzigingen art. 140 en 140a Sr in de WTM

Op verschillende onderdelen is het oorspronkelijke voorstel rond de artikelen 140 en 140a Sr aangevuld en gewijzigd. Allereerst betreft dat de straffen. In het oorspronkelijke ontwerp was op de gewone deelneming acht en op die door de oprichter, leiding-

<sup>77</sup> Deze bepaling luidt: *Dit kaderbesluit kan niet tot gevolg hebben dat de verplichting tot eerbiediging van de grondrechten en van de fundamentele rechtsbeginselen, zoals die zijn neergelegd in artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, wordt aangetast.*

<sup>78</sup> Voluit luidt overweging 10 uit de preambule: *Dit kaderbesluit is in overeenstemming met de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als beginselen van het Gemeenschapsrecht. De Unie neemt de beginselen in acht die zijn neergelegd in artikel 6, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie en weerspiegeld zijn in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, in het bijzonder in hoofdstuk VI daarvan. Niets in dit kaderbesluit kan zo worden uitgelegd dat het een beperking of belemmering ten doel zou hebben van rechten of fundamentele vrijheden, zoals het stakingsrecht, de vrijheid van vergadering, vereniging of meningsuiting, waaronder het recht om, voor de verdediging van zijn belangen, tezamen met anderen vakbonden op te richten dan wel zich daarbij aan te sluiten, en het daarmee samenhangende recht van betoging.*

gever of bestuurder vijftien jaar gevangenisstraf gesteld. Deze straffen zijn bij amendement fors verhoogd.

### 3.1.3.1 Strafverhogingen

Oprichters, leiders of bestuurders kunnen een levenslange gevangenisstraf tegemoet zien. De toelichting bij het amendement rechtvaardigt dit door erop te wijzen dat deze personen de hoofdverantwoordelijken zijn voor de daden die door hun organisatie worden gepleegd.<sup>79</sup> Die daden vernietigen het leven of goed van andersdenkenden. Daarmee wordt doelbewust getracht de rechtsstaat in haar grondvesten aan te tasten.

Op die toelichting valt wel een en ander af te dingen. Hiervoor is reeds uitgebreid aan de orde gekomen dat terroristische misdrijven niet per definitie van deze ernst zijn en met dit doel begaan worden. Maar zelfs als dit anders ware, blijft het de vraag of deze aanpassing nodig of zelfs gerechtvaardigd is. Immers, hoofdverantwoordelijk zijn deze personen alleen als zij een aandeel hebben gehad in de vernietigende daden van hun organisatie. Daarvoor is niet vereist dat zij die daden zelf hebben gesteld. Voldoende is dat zij zorg hebben gedragen voor de financiële middelen of dat zij de plannen hebben uitgedacht. Ook de belofte dat de gelovige, al dan niet in het gezelschap van een groot aantal maagden, eeuwig zielenheil tegemoet gaat, constitueert (hoofd)verantwoordelijkheid. In deze gevallen kan de leider gewoon als deelnemer (medepleger of uitlokker) aan de vernietigende daad gestraft worden.<sup>80</sup> Zijn rol in de organisatie kan dan nog cumulatief ten laste worden gelegd. Om de rechter in staat te stellen een zware, of zelfs de zwaarste, straf uit te spreken is dit echter niet nodig. Indien de aanslag werkelijk vernietigend is geweest, kan de leidinggever alleen al voor zijn rol in die aanslag levenslange gevangenisstraf opgelegd krijgen.

Buruma wees er voor de inwerkingtreding van de WTM op dat er juridisch toch wel een probleem is als er geen echte hiërarchische verhouding bestond tussen de chef-ideoloog en de uitvoerders en / of wanneer laatstgenoemde de aanslag op geen enkel moment had kunnen voorkomen. Dan zou immers een veroordeling wegens uitlokking of medeplegen van die chef-ideoloog niet mogelijk zijn en aan hem dus geen levenslange gevangenisstraf (die mogelijkheid kent art. 140 Sr immers niet) kunnen worden opgelegd.<sup>81</sup> In de door Buruma geconstateerde behoefte voorziet nu art. 140a lid 2 Sr.

Men moet zich in een zodanig geval toch serieus de vraag stellen of de leidinggever wel als hoofdverantwoordelijke voor de aanslag kan worden aangemerkt. Het is aldus niet uitgesloten dat wat Buruma een 'probleem' noemt volgens anderen gewoon een daadgericht strafrecht heet.

Voor de gewone deelneming wordt de straf van acht jaren van het regeringsontwerp bij amendement verhoogd tot vijftien jaar.<sup>82</sup> Kern van de toelichting is dat de hogere straf de onderlinge afstemming van de sanctienormen in ons wetboek beter dient. Deze stelling wordt allereerst gestaafd door erop te wijzen dat eigenlijk alle misdrijven die een dergelijke organisatie tot oogmerk kan hebben, bedreigd worden met een straf van ten minste vijftien jaar. De betekenis van deze vergelijking ontgaat mij. Voor zover de

<sup>79</sup> TK 2003-2004, 28463, nr. 14.

<sup>80</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c., aant. 40.1 bij art. 47 Sr.

<sup>81</sup> Y. Buruma, *Terrorisme en de weerbare rechtsstaat*, DD 2001, p. 1028.

<sup>82</sup> TK 2003-2004, 28463, nr. 21.

deelnemer immers zelf betrokken is bij deze misdrijven kan hij uit dien hoofde worden vervolgd en bestraft. Waar deze betrokkenheid ontbreekt, ligt het niet voor de hand bij zijn bestraffing aansluiting te zoeken bij deze feiten waarin hij dus geen aandeel heeft gehad.

Nu kan men vanzelfsprekend al deelnemen aan een organisatie met een terroristisch oogmerk voordat er misdrijven zijn gepleegd. Er is nog niets gebeurd, maar de organisatie (en wellicht ook de deelnemer) beoogt deze misdrijven wel. Juist omdat er nog niets gebeurd is, ligt het ook in een zodanig geval niet direct voor de hand om voor het vaststellen van de sanctienorm aansluiting te zoeken bij die feiten (die hebben immers nog niet plaatsgevonden). Het gaat bij de deelneming aan een organisatie als bedoeld in de art. 140 en 140a Sr nu juist niet om de concrete (terroristische) misdrijven. Centraal staat het gevaar dat uitgaat van het enkele bestaan van de organisatie.<sup>83</sup> Bij de afstemming met andere strafbepalingen had een vergelijking met samenspanning als bedoeld in art. 80 Sr (onder meer strafbaar gesteld in 96 lid 1 Sr) veel meer voor de hand gelegen. Ook daar gaat het immers om een preventieve strafbaarstelling. Ten opzichte van de terroristische samenspanning wordt deelneming aan een terroristische organisatie nu met de helft meer straf bedreigd.

Overigens is de stelling dat de onderlinge afstemming van sanctienormen door de strafverhoging wordt gediend ook onjuist. Verschillende leden van de zogenaamde Hofstadgroep werden veroordeeld wegens deelneming aan een organisatie die tot oogmerk had het plegen van *bedreigingen met moord met een terroristisch oogmerk*.<sup>84</sup> Die bedreiging wordt volgens art. 285 lid 3 Sr bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren. Ook wordt de strafverhoging voor oprichters, leiders en bestuurders aangevoerd in het kader van de onderlinge afstemming. Nu, zoals hierboven bleek, ook op die sanctienorm de nodige kritiek mogelijk is, kan deze vergelijking niet overtuigen. De ene overdrijving wordt dan aangevoerd om de andere te rechtvaardigen.

Ook het inherent ondemocratische en antirechtsstatelijke karakter van terrorisme zouden volgens de toelichting bij het amendement een hogere straf moeten rechtvaardigen. Het lijkt mij erg moeilijk om aan dat karakter een prijskaartje te verbinden. Is vijftien jaar dan wel voldoende? Zou op deze grond niet op ieder terroristisch misdrijf levenslange gevangenisstraf gesteld moeten worden?

Ten slotte stelt de toelichting dat aan het lidmaatschap van een terroristische groepering per definitie politieke of religieuze motieven ten grondslag liggen. De kans dat de overtuiging die aanleiding gaf tot het lidmaatschap ook na een lange gevangenisstraf nog aanwezig is, is dan groot. Met een substantiële strafverhoging kan dan in ieder geval bewerkstelligd worden dat het moment waarop de overtuigingsdader terug de samenleving wordt ingestuurd, wordt uitgesteld. De recidive wordt uitgesteld en dus werkt de strafverhoging preventief.

Ik vraag me af of deze grond voor aanscherping van de sanctienorm niet enigszins on-eigenlijk is. Het lijkt er toch sterk op dat de strafverhoging dan louter gebaseerd wordt op de overtuiging van de veroordeelde. Niet de ernst van het feit of de schuld van de verdachte, maar de overtuigingen van de veroordeelde zijn maatgevend voor de hoog-

<sup>83</sup> De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 25, 26.

<sup>84</sup> Compilatie van vonnissen in de zaak van veertien verdachten van de zogenaamde Hofstadgroep, Rb Rotterdam (nevenvestigingsplaats 's-Gravenhage, zitting houdende te Amsterdam), 10 maart 2006, LJN: AV5108.

te van de straf. Dat een veroordeelde voor de duur van zijn detentie in de vrije samenleving geen strafbare feiten kan plegen, mag best als een bijkomend voordeel van die detentie worden gezien. Als rechtvaardiging voor die detentie kan dit echter niet dienen. Daarmee wordt immers zowel het reactieve karakter als de gerichtheid op daden van de strafaanspraak ontkend. Straffen krijgt dan iets van kansberekening. Bij het bepalen van de hoogte van de straf moet de rechter in de ogen van de indieners van het amendement kennelijk de vraag beantwoorden hoe groot de kans is dat de veroordeelde 'iets leert' van die straf. Eventuele toekomstige delicten rechtvaardigen dan de hogere straf, maar zij vormen niet de grondslag daarvan. Deze toekomstige delicten kunnen immers indien zij ooit begaan worden zelfstandig worden bestraft. Dat daarop reeds een voorschot wordt genomen zal in die latere straf niet worden verdisconteerd. De straf wordt dus niet gebaseerd op het toekomstig delict. Veeleer is het de te verwachten halsstarrigheid van de veroordeelde waarop de hogere straf gegrond wordt.<sup>85</sup> De denkwijze doet sterk denken aan die van de moderne richting die het Nederlands strafrecht domineerde vanaf het begin van de twintigste eeuw tot en met de dertigerjaren daarvan. In deze richting verdrong de doelmatigheid van de straf de vergelding van het strafbaar feit. In aanvang stond daarbij 'verbetering van de delinquent' voorop. Steeds meer kwam echter het onschadelijk maken van 'gevaarlijken' en 'onverbeterlijken' centraal te staan. Kelk schrijft hierover:

Omdat het doel sterk overheersend is, wordt de proportionele vergelding ingeruild voor -zonodig – disproportioneel doel-denken. (...) van het centraal stellen van de persoon van de dader in het belang van ieders welzijn was de keerzijde het grote belang van de bescherming van de samenleving tegen gevaarlijk geachte daders. En het criterium dat voor deze gevaarlijkheid wordt aangelegd – zo heeft de tijd inmiddels geleerd – varieert sterk per periode, maar heeft veelal onvermijdelijk willekeurige en zelfs politieke kanten.<sup>86</sup>

In dit licht bezien had de toelichting bij het amendement toch op zijn minst een fundamentele discussie moeten losmaken over de richting die de wetgever met het strafrecht op wil. Het amendement werd echter zonder veel omhaal aangenomen.

### 3.1.3.2 Deelneming

Ook het bestanddeel deelneming is voorwerp geweest van een wijziging. In de eerste nota van wijziging<sup>87</sup> wordt het wetsvoorstel gewijzigd door een extra lid toe te voegen aan het bestaande art. 140 en het voorgestelde art. 140a Sr.

Hiervoor bleek dat voor deelneming in de zin van art. 140 lid 1 Sr vereist is dat *betrokene behoort tot het samenwerkingsverband en een aandeel heeft in, dan wel ondersteunt, gedragingen die strekken tot of rechtstreeks verband houden met de verwezenlijking van het in dat artikel bedoelde oogmerk*. Een volledig toevallige bijdrage door een onwetende levert geen

<sup>85</sup> Ter zijde zij overigens opgemerkt dat deze kritiek helemaal niets heeft uitstaan met de jurisprudentie van de Hoge Raad die de feitenrechter de vrijheid laat een zwaardere straf op te leggen dan door de schuld van de verdachte wordt gerechtvaardigd; HR 24 juli 1967, NJ 1969, 63. Op die rechtspraak is zeker kritiek mogelijk. Ook onder die rechtspraak kan de rechter overigens geen hogere straf opleggen dan waartoe de wet hem gemaakt. Waar het hier om gaat is dat een wetgever geen hogere sanctienormen zou moeten vaststellen dan door de ernst of schade van het betreffende misdrijf (bij volledige schuld) wordt gerechtvaardigd.

<sup>86</sup> Kelk, Studieboek materieel strafrecht, o.c., p. 23.

<sup>87</sup> TK 2002–2003, 28463, nr. 7.

deelneming op omdat ten minste vereist is dat *betrokkene in zijn algemeenheid weet (in de zin van onvoorwaardelijk opzet) dat de organisatie tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven.*

#### **Art. 140 lid 4 Sr en art. 140a lid 3 Sr**

Het vierde lid van art. 140 Sr geeft invulling aan het begrip deelneming in het eerste lid. Daaronder wordt dan *mede begrepen het verlenen van geldelijke of andere stoffelijke steun aan alsmede het werven van gelden of personen ten behoeve van de (...) organisatie.* Het derde lid van art. 140a Sr verklaart deze bepaling van overeenkomstige toepassing op de deelneming aan een terroristische organisatie.

Tijdens de hoorzitting waaraan eerder werd gerefereerd uitte Buruma het bezwaar dat hiermee niet bepaald duidelijkheid wordt geschapen. Allereerst vroeg hij zich hardop af of de bepaling niet volstrekt overbodig was. Immers ook in de rechtspraak van de Hoge Raad kan deelneming bestaan in het werven van personen of gelden, dan wel in het verlenen van geldelijke steun. In die gevallen kan volstaan worden met de toepassing van het eerste lid van beide bepalingen.<sup>88</sup> Buruma concludeert dat de nieuwe leden slechts een functie hebben in gevallen waarin de ‘deelnemer’ onwetend is geweest ten aanzien van zijn deelneming. Uitsluitend mensen die iemand te logeren krijgen die achteraf een terrorist blijkt te zijn vallen dus onder het bereik van het derde lid van art. 140a Sr. De minister geeft later aan dat dit niet de bedoeling is. De woorden ‘verlenen’, ‘werven’ en ‘ten behoeve’ sluiten immers opzet in zich.<sup>89</sup> Betekent dit dan dat art. 140 lid 4 Sr slechts een gedeelte van de rechtspraak van de Hoge Raad codificeert? Niet zonder meer.

Onduidelijk is of het vierde lid van art. 140 Sr, net als de jurisprudentie van de Hoge Raad, eist dat de betrokkene behoort tot het samenwerkingsverband. Het komt mij voor dat de minister niet kan menen dat ook dat volgt uit de woorden ‘ten behoeve’. In de kamerstukken wordt aan de vraag of na de inwerkingtreding van art. 140 lid 4 Sr nog steeds vereist is dat de deelnemer behoort tot de organisatie geen aandacht besteed. Meest voor de hand liggend is dan dat geen inhoudelijke wijziging beoogd is. Deze conclusie brengt wel mee dat de toevoeging van het vierde lid van art. 140 Sr volstrekt overbodig is.

Ook als dit anders zou zijn dan moeten de gevolgen van de uitbreiding die aan art. 140 Sr wordt geven niet worden overdreven. Ook voor de inwerkingtreding van art. 140 lid 4 Sr kon niet gezegd worden dat een vervolging op grond van art. 140 Sr kansloos was wanneer de betrokkene niet behoorde tot het samenwerkingsverband. De deelneming aan een criminele organisatie is immers een zelfstandig delict. Dit brengt mee dat deelneming in de zin van de art. 47 en 48 Sr aan deelneming in de zin van art. 140 Sr mogelijk is. Eenmalige betrokkenheid kan dan bijvoorbeeld medeplegen of medeplichtigheid opleveren.<sup>90</sup>

De rechtbank Rotterdam heeft in de zaak tegen de vermeende leden van de Hofstad-groep bij de vaststelling dat sprake is van deelneming in de zin van art. 140a Sr gewoon de bestaande criteria voor deelneming aangelegd. In dit verband stelde zij allereerst vast

<sup>88</sup> In die zin ook Dolman, Van bandieten en jihadisten: deelneming aan misdadige organisaties, o.c., p. 136.

<sup>89</sup> Hand. TK 2003-2004, nr. 33, p. 2343.

<sup>90</sup> De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 57, 180.

dat alle verdachten behoren tot de groep. Daarna onderzocht zij per verdachte of hij op enigerlei wijze een bijdrage heeft geleverd aan de verwezenlijking van het oogmerk van de groep waarbij voorop stond dat het enkele passieve lidmaatschap niet volstaat om van deelneming te kunnen spreken.<sup>91</sup> De rechtbank stelt daarmee expliciet na de inwerkingtreding van de WTM de cumulatieve eisen uit de rechtspraak van de Hoge Raad van voor de inwerkingtreding van de WTM. Dat in de tekst van het vierde lid van art. 140 Sr geen aanknopingspunt voor het stellen van de eis dat deelnemers moeten behoren tot het samenwerkingsverband heeft de rechtbank er kennelijk niet van weerhouden die eis toch te stellen.

### **Opzet op het oogmerk**

Het willens en wetens aanvaarden van de aanmerkelijke kans dat de organisatie het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft, volstaat niet om een bijdrage aan dat oogmerk als deelneming te beschouwen zo bleek hiervoor reeds. Aan de andere kant wordt niet geëist dat de deelnemer kennis draagt van de concrete misdrijven die de organisatie beoogt. Een uitspraak van het gerechtshof 's-Gravenhage waarin ten aanzien van de soort misdrijven (vermogensdelicten, terroristische misdrijven) waarop het oogmerk van de organisatie betrekking heeft een nadere opzeteis werd aangelegd, werd hiervoor als strijdig met de aard en ratio van art. 140 Sr bekritiseerd. Ten aanzien van art. 140a Sr rijst evenwel apart de vraag in hoeverre de kennis van de deelnemer gericht moet zijn op terroristische misdrijven.

In de zaak tegen de veertien vermeende leden van de Hofstadgroep moest de rechtbank Rotterdam de vraag beantwoorden welke mate van wetenschap ten aanzien van welk oogmerk van de organisatie vereist is voor deelneming aan een organisatie in de zin van art. 140a Sr. Daartoe citeert de rechtbank allereerst de belangrijkste overweging van het hof uit het hiervoor bedoelde arrest. Vervolgens overweegt de rechtbank:

De rechtbank ziet geen aanleiding om bovenaangehaalde overweging van het gerechtshof anders te verstaan dan dat het gerechtshof in de lijn van de uitspraak van de Hoge Raad tot uitgangspunt neemt dat er sprake moet zijn van onvoorwaardelijk opzet (in zijn algemeenheid weten) voor wat betreft het criminele karakter van de organisatie doch dat het gerechtshof voorts overweegt dat niet vereist is dat de deelnemer ook onvoorwaardelijk opzet dient te hebben ten aanzien van “ieder van de verschillende categorieën misdrijf die de organisatie op het oog heeft.” Het is dus niet voldoende om ook wat betreft de wetenschap zelf van het criminele karakter van de organisatie te volstaan met voorwaardelijk opzet. De rechtbank is van oordeel dat ook voor deelneming aan een terroristische organisatie sprake moet zijn van onvoorwaardelijk opzet.<sup>92</sup>

De rechtbank eist dus, anders dan het gerechtshof, dat de deelnemers in algemene zin hebben geweten (in de zin van onvoorwaardelijk opzet) dat het oogmerk van de organisatie was gericht op het plegen van terroristische misdrijven. De uitspraak van de rechtbank komt mij correct voor.

<sup>91</sup> Compilatie van vonnissen in de zaak van veertien verdachten van de zogenaamde Hofstadgroep, Rb Rotterdam (nevenvestigingsplaats 's-Gravenhage, zitting houdende te Amsterdam), 10 maart 2006, LJN: AV5108.

<sup>92</sup> Compilatie van vonnissen in de zaak van veertien verdachten van de zogenaamde Hofstadgroep, Rb Rotterdam (nevenvestigingsplaats 's-Gravenhage, zitting houdende te Amsterdam), 10 maart 2006, LJN: AV5108.

De uitspraak van het hof had betrekking op art. 140 Sr. Het arrest werd voor de inwerkingtreding van de WTM gewezen. Voor de toepasselijkheid van art. 140 Sr is de aard van de misdrijven die door de organisatie worden gepleegd of beoogd van geen belang. Evenmin is van belang in hoeverre de deelnemers op de hoogte waren van de concrete misdrijven die door de organisatie werden gepleegd of beoogd. Voldoende was wetenschap in algemene zin dat het plegen van misdrijven het oogmerk van de organisatie was. Voor de door het hof daarenboven aangelegde maatstaf van voorwaardelijk opzet op concrete terroristische aanslagen op het niveau van de kwalificatie is onder art. 140 Sr gezien de ratio van en de rechtspraak van de Hoge Raad over die bepaling geen ruimte meer. Dergelijke factoren kunnen hooguit op het niveau van de straftoemeting een rol spelen.

In de uitspraak van de rechtbank ging het om de vereiste mate van wetenschap voor deelneming aan een organisatie in de zin van art. 140a Sr. Die bepaling kent exact dezelfde redactie als art. 140 Sr. Het enige verschil is dat het oogmerk van de organisatie daar betrekking heeft op het plegen van terroristische misdrijven. Zoals wetenschap van het oogmerk om overtredingen te plegen niet voldoende is om als deelnemer aan een criminele organisatie te worden aangemerkt<sup>93</sup>, is wetenschap van het oogmerk om misdrijven te plegen onvoldoende om als deelnemer aan een terroristische organisatie te worden aangemerkt. De deelnemer zal dus tenminste in algemene zin moeten weten (in de zin van onvoorwaardelijk opzet) dat de organisatie het plegen van terroristische misdrijven tot oogmerk heeft. Hij zal dus ook het terroristische oogmerk van de organisatie moeten kennen.

Dit betekent overigens, als gezegd, niet dat de deelnemer zelf ook moet handelen met een terroristisch oogmerk, al zal hij vaak dat oogmerk wel hebben.<sup>94</sup> De deelnemingshandeling behoeft zelf ook helemaal niet strafbaar te zijn. Het terroristisch oogmerk is verbonden aan de misdrijven die de organisatie pleegt of beoogt te plegen. Daarbij zal het moeten gaan om meerdere terroristische misdrijven.<sup>95</sup>

### 3.1.4 Art. 140a Sr en art. 46 Sr

Duidelijk is dat de deelnemingshandelingen die het nieuwe vierde lid van art. 140 Sr omschrijft in veel gevallen ook voorbereiding van een bepaald misdrijf opleveren.<sup>96</sup> Alleen het werven van personen levert waarschijnlijk geen gedraging als bedoeld in art. 46 Sr op. Deze band tussen art. 46 Sr en de art. 140 en 140a Sr is op zich niets nieuws. Al sinds jaar en dag wordt dezelfde gedraging cumulatief als het betreffende misdrijf (of een strafbare poging daartoe of voorbereiding daarvan) en als deelneming in de zin van art. 140 Sr ten laste gelegd. Een andere band tussen voorbereiding en deelneming is wel nieuw.

<sup>93</sup> HR 5 juni 2001, NJ 2001, 518.

<sup>94</sup> Dat iemand tegen betaling deelneemt aan een organisatie waarvan hij op zich zelf de ideologie niet deelt, kan zeker niet worden uitgesloten.

<sup>95</sup> Een enkele aanslag levert meestal wel meerdere misdrijven op. Voor art. 140a Sr is dan uiteraard van belang dat de misdrijven die aan het plegen van de aanslag vooraf gaan tevens terroristische misdrijven zijn. Dat is bijvoorbeeld het geval bij art. 55 lid 5 WWM dat onder meer het bezit van wapens strafbaar stelt indien het feit begaan is met een terroristisch oogmerk als bedoeld in artikel 83a van het Wetboek van Strafrecht dan wel met het oogmerk om een terroristisch misdrijf als bedoeld in artikel 83 van dat wetboek voor te bereiden of gemakkelijk te maken.

<sup>96</sup> Zie over voorbereiding paragraaf 3.2, met name paragraaf 3.2.2 over voorbereidingshandelingen als bedoeld in art. 46 Sr.



Thans is voorbereiding van deelneming aan een terroristische organisatie strafbaar. Art. 46 Sr eist voor strafbaarheid van voorbereiding dat een misdrijf wordt voorbereid dat met een gevangenisstraf wordt bedreigd van acht jaren of meer. Die voorbereidingshandeling hoeft zelf geen strafbare of strafwaardige gedraging te zijn. Dat is problematisch omdat voor de deelneming van de art. 140 en 140a Sr zelf ook al niet vereist is dat de deelnemingshandeling strafbaar of strafwaardig is terwijl evenmin nodig is dat de organisatie zelf reeds enig misdrijf heeft gepleegd. Gezien de afstand die dan ontstaat met de te plegen misdrijven heeft De Vries-Leemans zich verzet tegen de strafbaarheid van poging tot deelneming aan een criminele organisatie.<sup>97</sup> Zij acht deze constructie uitgesloten. Dan zal ze ten aanzien van de voorbereiding geen andere mening zijn toegedaan. Hoe valide het argument ook zijn moge, de wet verzet zich niet tegen deze constructie. De minister heeft haar zelfs omarmd.<sup>98</sup> Hieronder zal blijken dat het aantal gevallen waarin sprake is van voorbereiding van deelneming uiterst gering is. Daarbij moet dan opgemerkt worden dat de feitelijke uitbreiding van strafbaarheid door de inwerkingtreding van de WTM ten opzichte van art. 140 Sr nog geringer is omdat ten aanzien van oprichters, leiders en bestuurders reeds onder art. 140 Sr sprake was van strafbaarheid van voorbereiding van deelneming.<sup>99</sup>

### 3.1.4.1 Voorbereiding van deelneming I

Vanwege de ruime betekenis van het bestanddeel *deelneming* is het nog helemaal niet zo eenvoudig voorbeelden te bedenken van voorbereiding van deelneming aan een terroristische organisatie.

De medewerker van een drukkerij die voor een vriend die behoort tot een terroristische organisatie waarmee de medewerker zelf 'slechts' sympathiseert propagandamateriaal gericht op fondsenwerving drukt is het stadium van voorbereiding wellicht nog niet niet gepasseerd. Alhoewel best valt vol te houden dat hij hiermee *gedragingen die rechtstreeks verband houden met de vervezenlijking van dat oogmerk ondersteunt*, denk ik dat hij net geen deelnemer is. Weliswaar sympathiseert hij met de organisatie en haar doelen, hij behoort er niet toe. Zijn sympathie was tot dan toe ook louter passief. Hij handelt nu ook niet zo zeer voor de organisatie, maar voor zijn vriend. Of het terroristisch oogmerk bij hem aanwezig is, doet niet ter zake. Als de organisatie dat oogmerk maar heeft. Als nu de baas van de drukkerijmedewerker zijn werknemer betrapt en de politie belt, komt het niet tot fondsenwerving door de vriend. Het drukken kan dan dus ook niet als medeplegen van of medeplichtigheid tot de deelneming worden beschouwd. Er is geen medeplegen van of medeplichtigheid tot poging tot deelneming aan de organisatie omdat er geen begin van uitvoering van de deelnemingshandelingen is. Tenslotte zit een veroordeling wegens poging tot medeplegen van of medeplichtigheid tot de deelneming er niet in omdat poging tot deelneming (in de zin van de art. 47 e.v. Sr) waarschijnlijk niet strafbaar is.<sup>100</sup>

Dan moeten we dus terugvallen op art. 46 Sr. Tenminste, als we de medewerker van de drukkerij bestraft willen zien. En dat we dat moeten willen, is mij niet evident. Dat de wens om terroristische aanslagen te voorkomen zo sterk leeft dat concessies moeten

<sup>97</sup> De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 150, 151.

<sup>98</sup> TK 2003–2004, 28463, nr. 10, p. 19.

<sup>99</sup> Volgens art. 140 lid 3 Sr kunnen voor deze personen de straffen van het eerste en tweede lid met een derde worden verhoogd. Het eerste lid kent een sanctienorm van zes jaren. Voor het derde lid geldt dan dus een sanctienorm van acht jaren.

<sup>100</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c., aant. 2 bij art. 47 Sr.

worden gedaan aan het model waarin het strafrecht als ultimum remedium wordt ingezet tegen schadelijke gedragingen die reeds hebben plaatsgevonden is meer dan begrijpelijk. Dat brengt mee dat af en toe strafrechtelijk moet kunnen worden opgetreden als de schadelijke gedraging die de grondslag voor bestraffing vormt nog voorkomen kan worden juist om die daad te voorkomen.

In het onderhavige geval is de afstand tot een eventuele aanslag nog zo groot dat gewacht kan worden. Als gewacht wordt tot de eigenlijke fondsenwerving heeft dat niet alleen als voordeel dat we dichter bij de uiteindelijke aanslag zitten, maar ook dat dan tevens kan worden opgetreden tegen de vriend van de drukkerijmedewerker. Hij is het toch die uiteindelijk deelneemt aan de organisatie. Zijn rol is veel laakbaarder dan die van de medewerker terwijl hij, behoudens eventuele eerdere deelnemingshandelingen, in het voorbeeld niet kan worden bestraft. De medewerker kan dan uiteindelijk worden bestraft voor medeplegen van of medeplichtigheid tot deelneming aan een terroristische organisatie.

### 3.1.4.2 Voorbereiding van deelneming II

Een tweede voorbeeld van voorbereiding van deelneming aan een terroristische organisatie zou gevonden kunnen worden in de sfeer van handelingen die gericht zijn op het functioneren van een beoogde terroristische organisatie.

Organisatie in art. 140, en dus ook in art. 140a Sr, heeft niet de betekenis van een civielrechtelijke rechtsvorm. De organisatie ontstaat dan ook niet door een oprichtingsakte of een inschrijving bij de Kamer van Koophandel of iets dergelijks. Toch is er voor een organisatie, zoals hiervoor bleek, wel meer vereist dan een groepje personen. Er moet sprake zijn van een gestructureerd en duurzaam samenwerkingsverband. Daartoe bleek onder meer vereist dat *de deelnemers niet ieder voor zich, maar in een zekere duurzame onderlinge samenwerking participeren* in de organisatie. Indicatief voor het bestaan van een dergelijke organisatie kunnen bijvoorbeeld zijn: het houden van wekelijkse vergaderingen waar besluiten worden genomen en instructies worden opgelegd, verslaglegging van deze vergaderingen en het voeren van een financiële administratie, een werkverdeling, publicitaire activiteiten, wervingsactiviteiten, fondswerving en het optreden onder een gemeenschappelijke naam.<sup>101</sup>

Het is goed denkbaar dat het bereiken van een dergelijke organisatiegraad de nodige tijd en moeite kost. Zo kan men zich voorstellen dat voor het houden van vergaderingen waar instructies worden gegeven en taken worden verdeeld een pand gehuurd wordt. Dit pand is noodzakelijk voor het verwezenlijken van de vereiste organisatiegraad. Ten tijde van het huren bestaat nog geen organisatie. Het huren kan dan vanzelfsprekend niet worden aangemerkt als deelneming aan die organisatie. Maar wel als voorbereiding van die deelneming. Net als bij het eerste voorbeeld lijkt de gedraging allerminst strafwaardig. En ook hier kan toch niet gezegd worden dat de strafbaarstelling noodzakelijk is? Ook hier kan gewacht worden. Wachten met ingrijpen tot het moment dat er wel sprake is van deelneming aan een terroristische organisatie brengt geen onaanvaardbare risico's voor (het voortbestaan van) de samenleving met zich mee, leidt niet tot straffeloosheid van de deelnemers maar heeft wel het voordeel dat bestraffing plaatsvindt op een grondslag die uit te leggen valt.

<sup>101</sup> Tezamen volstonden deze factoren voor het aannemen van een organisatie in HR 16 oktober 1990, NJ 1991, 442.

### 3.1.4.3 Afsluiting voorbereiding tot deelneming

Het is natuurlijk nog maar de vraag of de constructie voorbereiding van deelneming aan een terroristische organisatie ooit tot problemen aanleiding zal geven. Het aantal gevallen waarin sprake is van voorbereiding van deelneming aan een terroristische organisatie zonder dat die deelneming volgt, zal gering zijn. Van dat geringe aantal zal nog geen fractie ontdekt worden. In het incidentele geval dat een dergelijke vervolging mogelijk is, zal waarschijnlijk inderdaad wel worden gewacht met ingrijpen. Dit neemt echter niet weg dat mogelijk een vorm van daderschap is ontstaan die onnodig en eigenlijk zelfs onwenselijk is.

Deze strafbaarheid is een gevolg van de strafverhoging van art. 140a Sr ten opzichte van art. 140 Sr. Op de omvang van die strafverhoging is kritiek mogelijk. Het Kaderbesluit schrijft voor het deelnemen en leidinggeven aan een terroristische groep sanctienormen voor van tenminste acht en vijftien jaren gevangenisstraf (art. 5 lid 3 Kaderbesluit). Dat brengt mee dat de voorbereiding tot deelneming aan een terroristische organisatie ook strafbaar zou zijn geweest indien de wetgever zich had beperkt tot de sanctienormen waartoe het Kaderbesluit verplicht. Dat neemt niet weg dat het Kaderbesluit niet verplicht tot strafbaarstelling van die voorbereiding. De strafbaarheid ervan had bij wettelijke bepaling uitgesloten kunnen worden. Het uitsluiten van strafbaarheid voor deze daderschapvorm op een aan art. 300 lid 5 Sr (poging tot mishandeling is niet strafbaar) analoge wijze was legislatief eenvoudig en gewenst geweest.

### 3.1.5 Afsluiting art. 140 en 140a Sr

Art. 140a Sr is de Nederlandse strafbaarstelling van de feiten van art. 2 Kaderbesluit. De Nederlandse strafbaarstelling stemt niet letterlijk overeen met de tekst van het Kaderbesluit. Voor zo ver art. 140a Sr afwijkt van art. 2 Kaderbesluit is de Nederlandse strafbaarstelling ruimer dan waartoe het Kaderbesluit verplicht. Het bereik van art. 140a Sr is evenwel niet zo ruim dat de bepaling in strijd kan worden geacht met de bewoordingen of het doel van het Kaderbesluit.

De tekst van art. 140a Sr is grotendeels ontleend aan die van art. 140 Sr. De bestanddelen die beide bepalingen gemeen hebben, moeten in art. 140a Sr hetzelfde worden uitgelegd als in art. 140 Sr. Ten opzichte van art. 140 Sr bevat art. 140a Sr de toevoeging dat het oogmerk van de organisatie niet zo maar gericht moet zijn op misdrijven maar op terroristische misdrijven. Art. 140a Sr is dus een strengere bepaling die in een beperkter aantal gevallen kan worden toegepast. In algemene zin moet overigens worden opgemerkt dat de bestanddelen van de art. 140 en 140a Sr een erg ruim bereik hebben. Zo is het niet noodzakelijk dat reeds feitelijk misdrijven zijn gepleegd. De strafbaarstelling ontleent haar bestaansrecht ook voor een groot gedeelte aan het feit dat van het bestaan van organisaties die ingericht zijn op het plegen van misdrijven een zekere dreiging van schade voor de samenleving uitgaat.

Het nieuwe vierde lid van art. 140 Sr dat in art. 140a lid 3 Sr van overeenkomstige toepassing wordt verklaard, geeft een (niet-uitputtend bedoelde) feitelijke omschrijving van de deelnemingshandeling. Deze omschrijving lijkt tekstueel een verruiming te behelzen ten opzichte van de jurisprudentie van de Hoge Raad over het bestanddeel deelneming. Blijkens de wetsgeschiedenis is geen verruiming van de betekenis van het bestanddeel beoogd. Jurisprudentie van na de inwerkingtreding van de WTM duidt er

niet op dat de rechter het bestanddeel deelneming anders invult. Bij nadere beschouwing blijken de al dan niet bestaande nieuwe deelnemingshandelingen meestal handelingen te betreffen die onder vigeur van de oude tekst van art. 140 Sr als deelneming (in de zin van de art. 47 e.v. Sr) aan het delict van art. 140 Sr strafbaar waren.

Een verruiming van daderschap kan wel gelegen zijn in het feit dat de voorbereiding tot deelneming in de zin van art. 140a Sr strafbaar is terwijl deze voorbereiding straffeloos is voor de deelneming van art. 140 Sr. Hier ontstaat dus strafbaarheid van een gedraging die voorheen straffeloos was. Het gaat daarbij om gedragingen die ver verwijderd zijn van de gedragingen die werkelijk schade toebrengen aan de samenleving nu zowel de strafbaarstelling van art. 140 Sr als de strafbaarheid van de voorbereidingshandeling is opgehangen aan het gevaar van toekomstige schade. De samengestelde constructie van voorbereiding van deelneming staat daarmee op gespannen voet met de in hoofdstuk 1 geschetste uitgangspunten van het Nederlands reactief daadstrafrecht. Strafbaarheid wordt hier verder naar voren gehaald. Het belang daarvan moet niet worden overschat. De werkelijke uitbreiding ziet immers op een zeer beperkt aantal (hypothetische) gevallen.

### 3.2 Strafbare voorbereiding

Het centrale thema van dit hoofdstuk is dat met de WTM op verschillende manieren uitbreiding is gegeven aan strafbaarheid en strafrechtelijk daderschap bij terroristische misdrijven. Op verschillende plaatsen en verschillende wijzen speelt de strafbare voorbereiding van art. 46 Sr daarbij een rol.

Hiervoor, in paragraaf 3.1.4, bleek dat de strafbaarstelling van de deelneming aan een terroristische organisatie in art. 140a Sr ertoe heeft geleid dat de voorbereiding (in de zin van art. 46 Sr) van deze deelneming (in ieder geval naar de letter van de wet) strafbaar is geworden. In deze paragraaf staat de voorbereiding zelf centraal.

Voor terroristische misdrijven is in de eerste plaats art. 46 Sr van belang omdat bijna alle terroristische misdrijven met een gevangenisstraf van acht jaren of meer bedreigd worden. Art. 46 Sr is zelf niet gewijzigd door de inwerkingtreding van de WTM. De bepaling is de afgelopen jaren echter wel tweemaal gewijzigd in verband met andere wetten die betrekking hebben op de strafrechtelijke bestrijding van terrorisme. Die wijzigingen worden in deze paragraaf besproken.

Daarnaast zijn voor veel terroristische misdrijven met de inwerkingtreding van de WTM de voorbereidings- en bevorderingshandelingen van art. 96 lid 2 Sr strafbaar gesteld. Dan gaat het dus om een uitbreiding van strafbaarheid door de inwerkingtreding van de WTM.

Tenslotte zal aandacht worden besteed aan de verhouding tussen de verschillende strafbaarstellingen van voorbereidingshandelingen en de rol van de Wet herijking strafmaxima daarbij.

In zekere zin is deze paragraaf in het onderhavige hoofdstuk een vreemde eend in de bijt.

De uitbreiding van strafbaarheid door de WTM speelt immers een ondergeschikte rol. De uitbreidingen van het bereik van art. 46 Sr die hieronder aan de orde komen hou-

den weliswaar allebei verband met de strafrechtelijke bestrijding van terrorisme, zij hebben niet met de WTM plaatsgevonden. Dat neemt niet weg dat zij wel mede het bereik van de strafbare voorbereiding van terroristische misdrijven bepalen. Dat pleit dus toch voor behandeling op deze plaats.

De uitbreiding van de strafbaarheid die met art. 96 lid 2 Sr plaatsgevonden heeft, betreft wel een uitbreiding door de WTM, maar de beoordeling daarvan zal goeddeels in paragraaf 3.3 over samenspanning plaatsvinden.

Om een aantal samenhangende redenen is toch gekozen voor bespreking op deze plaats. Allereerst betreft dat de wetsgeschiedenis. De problemen rond daderschap en strafbaarheid in verband met de voorbereiding van art. 96 lid 2 Sr hebben in de wetsgeschiedenis weinig aandacht gekregen. Deze problemen zijn dezelfde als bij de samenspanning. In dat kader hebben deze problemen wel uitgebreid aandacht gekregen bij de behandeling van het voorstel voor de WTM. Het ligt voor het onderhavige onderzoek onder die omstandigheden voor de hand de betreffende problemen in het kader van de strafbaarstelling van samenspanning te bespreken. Voor een goed begrip van die problemen en de mate waarin zij tevens voor de voorbereiding gelden is kennis van de verhouding tussen de verschillende strafbaarstellingen van voorbereidingshandelingen en van de verhouding tussen de strafbaarstelling van voorbereiding en die van samenspanning van belang. Die verhouding komt in de onderhavige paragraaf uitgebreid aan de orde. Binnen het bestek van dit hoofdstuk moet de uiteenzetting over art. 96 lid 2 Sr onderhavige paragraaf dus vooral als inleiding op en in verband met paragraaf 3.3 worden gelezen. In de afsluiting van de onderhavige paragraaf (paragraaf 3.2.7) zal de betekenis van de bezwaren tegen de strafbaarstelling van samenspanning voor de voorbereiding van art. 96 lid 2 Sr worden geëxpliciteerd.

De belangrijke rol (ook voor de strafrechtelijke bestrijding van terrorisme) die de strafbaarstellingen van voorbereidingshandelingen hebben als ‘opsporingsmiddel’ blijft in het navolgende buiten beschouwing.<sup>102</sup>

### 3.2.1 Totstandkoming art. 46 Sr

Art. 46 Sr is geen onproblematische bepaling. De bepaling introduceert een algemene strafbaarheid van handelingen die strekken tot het voorbereiden van ernstige misdrijven. Tot de inwerkingtreding op 1 april 1994<sup>103</sup> bestonden slechts bijzondere bepalingen die voorbereidingshandelingen ten aanzien van één of enkele delicten strafbaar stelden (bijvoorbeeld art. 10 Opw en art. 96 lid 2 Sr).

#### 3.2.1.1 Kritiek op art. 46 Sr

Ten tijde van de totstandkoming van art. 46 Sr was er vanuit de wetenschap vrij veel kritiek op de algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen. Deze kwam er in de kern op neer dat op onaanvaardbare wijze uitbreiding werd gegeven aan het strafrechtelijk daderschap, dat het lex certa-beginsel onder druk kwam te staan en dat vooral uitbreiding werd gegeven aan het materiële strafrecht om dwangmiddelen eer-

<sup>102</sup> Zie daarover: TK 1990-1991, 22268, nr. 3, p. 2, 3; E. Prakken, D. Roef, Strafbare voorbereiding in Nederland: juridische overkill, in F. Verbruggen, E. Prakken, D. Roef, Voorbereidingshandelingen in het strafrecht, padviezen voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2004, p. 222, 223; m.b.t. art. 10a Opw: T. Blom, Drugs in het recht, recht onder druk, Gouda Quint, Deventer, 1998, dissertatie EUR, deel 2, p. 43.

<sup>103</sup> Wet van 27 januari 1994, Stb. 1994, 60.

der in te kunnen zetten.<sup>104</sup> Ook was er verbolgenheid over het feit dat bij de parlementaire behandeling van de strafbaarstelling van bepaalde delicten uit de Opiumwet (art. 10a Opw<sup>105</sup>) nog door de minister was toegezegd dat er geen algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen zou komen. Dat het voor de geloofwaardigheid van het strafrecht in de strijd tegen de georganiseerde misdaad noodzakelijk zou zijn op deze toezegging terug te komen, zoals de memorie van toelichting bij het voorstel tot invoering van art. 46 Sr stelde, zou onvoldoende onderbouwd zijn.<sup>106</sup> Wat van deze kritiek verder ook zij, vastgesteld moet worden dat met art. 46 Sr danig uitbreiding werd gegeven aan een rechtsfiguur die tot dan toe gereserveerd was voor een zeer beperkt aantal delicten.

### 3.2.1.2 Kritiek op art. 10a Opw

Art. 10a Opw introduceerde in 1985 strafbaarheid voor bepaalde handelingen die strekken tot de voorbereiding of de bevordering van, kort gezegd, de (internationale) handel in harddrugs. De kritiek op deze bepaling was vergelijkbaar met die op art. 46 Sr enkele jaren later.<sup>107</sup> Daar kwam destijds echter nog iets bij. Tot de invoering van art. 10a Opw was de strafbaarheid van voorbereidingshandelingen beperkt geweest tot enkele staatsgevaarlijke misdrijven waartoe ook de samenspanning strafbaar was.<sup>108</sup> Critici bestreden de stelling dat de (internationale) handel in hard drugs voor de samenleving een met die delicten vergelijkbare bedreiging vormde.<sup>109</sup> Dat de wetgever desondanks koos voor een beperkte afwijking van dit stelsel plaveide natuurlijk de weg voor de invoering van een algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen. En dat is art. 46 Sr geworden.

### 3.2.2 Wijzigingen en huidig bereik van art. 46 Sr

Art. 46 Sr eist voor strafbare voorbereiding dat sprake is van het opzettelijk verwerven, vervaardigen, invoeren, doorvoeren, uitvoeren of voorhanden hebben van voorwerpen, stoffen, informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen bestemd tot het begaan van een misdrijf waarop acht jaren gevangenisstraf of meer is gesteld. Voorbereidingshandelingen zijn aldus divers en alledaags. Zo is wel opgemerkt dat de verdachte 'iets' moet hebben gedaan met 'dingen'.<sup>110</sup> De eigenlijke handelingen worden door een ieder dagelijks continu verricht. Zolang het daarbij maar niet gaat om het voorbereiden van ernstige misdrijven is er niks aan de hand. Is dat echter wel het geval dan kan de handeling worden bestraft met de helft van de maximumstraf die op het feit dat werd voorbereid is gesteld (art. 46 lid 2 Sr).

<sup>104</sup> Rutgers, Strafbearstelling van voorbereidingshandelingen, o.c., p. 322-330; P. Smith, Strafbare voorbereiding, dissertatie RUG, Boom juridische uitgevers, Den Haag, 2003, p. 6-7; G.P.M.F. Mols, Th. A. de Roos, Naar een algemene strafbaarheid van de voorbereidingshandeling, NJB 1992, afl. 7, p. 221-225; De Hullu, Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid, o.c., p. 43, 44.

<sup>105</sup> Ingevoegd bij Wet van 4 september 1985, Stb. 1985, 495; inwerkingtreding 7 oktober 1985.

<sup>106</sup> Rutgers, Strafbearstelling van voorbereidingshandelingen, o.c., p. 320.

<sup>107</sup> Rutgers, Strafbearstelling van voorbereidingshandelingen, o.c., p. 37, 38.

<sup>108</sup> Uitgebreider daarover G.P.M.F. Mols, Strafbare samenspanning, een rechtshistorisch en rechtsvergelijkend onderzoek, dissertatie UU, Gouda Quint, Arnhem, 1982, p. 71, 72.

<sup>109</sup> Rutgers, Strafbearstelling van voorbereidingshandelingen, o.c., p. 37.

<sup>110</sup> Smith, Strafbare voorbereiding, o.c., p. 198.

### 3.2.2.1 In vereniging

Tot 1 januari 2002 was vereist dat het feit in vereniging zou worden begaan. Deze eis is geschrapt ter uitvoering van het Internationaal Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme<sup>111</sup>. Volgens de minister kent het Verdrag deze beperking niet, terwijl ook niet duidelijk is waarom de voorbereiding van een door een enkeling te begaan misdrijf minder strafwaardig is dan de voorbereiding van een misdrijf dat in vereniging zal worden begaan.<sup>112</sup> Het verdrag verplicht er in art. 4 j° art. 2 toe het *wederrechtelijk en opzettelijk fondsen verstrekken of vergaren met de bedoeling die te gebruiken of met de wetenschap dat die, geheel of gedeeltelijk, gebruikt zullen worden ter uitvoering van* (kort gezegd) een terroristische aanslag, strafbaar te stellen. Het Verdrag lijkt inderdaad geen ruimte te laten voor straffeloosheid van de financiering van de eenmansactie.

Als voorbeeld van een dergelijke eenmansactie noemt de toelichting dat door één persoon geld wordt ingezameld om door een huurmoordenaar een moord te laten uitvoeren. Mijns inziens kwam een dergelijk geval mogelijk ook binnen het bereik van de oude bepaling. De huurmoordenaar wordt in dit voorbeeld door de collectant (of eventueel een organisatie ten behoeve waarvan de collecte plaatsvond) uitgelokt (art. 47 lid 1 sub 2° Sr) tot het plegen van de moord. Er zijn twee benaderingen denkbaar. In de eerste benadering dient de inzameling ter voorbereiding van de uitlokking van de moord. Dat is een verdedigbare uitleg. Art. 46 Sr heeft het immers over voorbereidingsmiddelen die bestemd zijn tot het *begaan* van het misdrijf. Dat omvat de deelnemingsvormen waaronder de uitlokking. Wanneer de memorie van toelichting het voorbeeld in deze zin bedoelde, was schrapping van het bestanddeel in vereniging inderdaad noodzakelijk. De uitlokkingshandeling wordt immers door een eenling verricht.

Bij de tweede benadering is dit anders. Wanneer de ingezamelde gelden zelfstandig geacht kunnen worden bestemd te zijn voor het plegen van de moord zou het voorbeeld zien op voorbereiding van moord. Die moord zou dan wel degelijk *in vereniging* gepleegd worden. De woorden *in vereniging* in art. 46 Sr duiden immers op alle deelnemingsvormen dus ook de uitlokking. Zelfs de aanwezigheid van een medeplachtige volstond.<sup>113</sup> Dat betekent dat van toepasselijkheid slechts waren uitgesloten de toevallige samenwerking, het van één zijde bedoeld samengaan met het verboden gevolg (waaronder mede te verstaan is het ontbreken van opzet op het misdrijf bij de voorreider) en de zuivere soloactie (de voorbereiding heeft betrekking op een zelf en alleen te plegen misdrijf). Door de eis *in vereniging* te laten varen komt alleen deze laatste nu wel binnen het bereik van art. 46 Sr. Nu de tekst van het Verdrag ook deze eenmansactie niet uitsluit tast de mogelijke gebrekkigheid van het voorbeeld de validiteit van het argument niet aan. Als de implementatie van het Verdrag via de voorbereidingsfiguur plaatsvindt, moeten de woorden *in vereniging* worden geschrapt.

De implementatie had ook plaats kunnen vinden door de financiering van terrorisme zelfstandig strafbaar te stellen. De minister geeft aan hier om een aantal redenen vanaf gezien te hebben. Samengevat komt de motivering van de minister erop neer dat, nu financiering op zichzelf niet strafwaardig is, de kern van de strafbepaling zou moeten

<sup>111</sup> New York, 9 december 1999, Trb. 2000, 12.

<sup>112</sup> TK 2001–2002, 28031, nr. 5, p. 4.

<sup>113</sup> TK 1990–1991, 22268, nr. 3, p. 17; R Emmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 414.

liggen in het terrorisme. Nu terrorisme een verzamelnaam is voor vele misdrijven van verschillende ernst ligt ook een wijze van strafbaarstelling met verschillende strafmaxima voor de hand. Dat kan het beste in het Algemeen deel. Tenslotte zou een aparte strafbaarstelling slechts een functie hebben ten aanzien van de financiering van feiten waarop een gevangenisstraf van minder dan acht jaar is gesteld.<sup>114</sup> Wat hiervan verder ook zij, de gekozen oplossing noopt tot het schrappen van de woorden *in vereniging*.

Deze wijziging is, gegeven de ruime betekenis van *in vereniging* in art. 46 Sr, van ondergeschikte betekenis. De stelling van de minister dat de voorbereiding van de eenmansactie niet minder strafwaardig is dan die van het in vereniging te plegen feit klinkt ook niet onredelijk. Die stelling heeft evenwel iets oneigenlijks in het licht van de herkomst van art. 46 Sr. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot invoering van de oorspronkelijke bepaling geeft de minister een uitgebreide toelichting op zijn standpunt dat de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen niet onverenigbaar is met de grondslagen van een daadgericht strafrecht. Daarbij speelt onder meer een rol dat het voorstel gericht is op, en in zekere zin beperkt blijft tot, de bestrijding van georganiseerde criminaliteit en dat deze strafbaarheid essentieel is voor de geloofwaardigheid van het strafrecht gezien de vormen die de voorbereiding van georganiseerde criminaliteit in Nederland heeft aangenomen.<sup>115</sup> Ook zou het gevaar op de verwezenlijking van de kwade plannen groter zijn omdat men in een groep minder lichtvaardig op een gemaakt voornemen terugkomt.<sup>116</sup> Het ligt dan niet direct voor de hand om juist van dit bestanddeel, dat dus voor een groot deel de rechtvaardiging van de strafbaarstelling weergaf, te zeggen dat de zin ervan niet duidelijk is. Ook is wel betoogd dat strafbaarstelling van de eenmansactie het risico in zich zou dragen dat het strafrecht zich begeeft op het terrein van de plannenmakerij die moeilijk te bewijzen zou zijn. Dit zou licht kunnen leiden tot willekeur.<sup>117</sup>

### 3.2.2.2 De kennelijke bestemming

Inmiddels is alweer een volgende wijziging in art. 46 Sr aangebracht.<sup>118</sup> Deze wijziging is op 1 februari 2007 in werking getreden. Ook deze wijziging houdt verband met de strijd tegen het internationaal terrorisme. Het woord *kennelijk* in art. 46 Sr is door deze wijziging geschrapt.<sup>119</sup>

In het navolgende zal eerst aandacht worden besteed aan de bestemming van de voorbereidingsmiddelen in art. 46 Sr en vervolgens aan de betekenis van het schrappen van kennelijk uit art. 46 Sr. Die volgorde is ingegeven door het feit dat nog geen literatuur of rechtspraak over de bestemming van de voorbereidingsmiddelen bestaat waarbij die bestemming niet kennelijk behoeft te zijn. De betekenis van het schrappen van kennelijk kan dan het beste na de bespreking van de bestemming aan de orde komen.

<sup>114</sup> TK 2001–2002, 28031, nr. 5, p. 5, 6.

<sup>115</sup> TK 1990–1991, 22268, nr. 3, p. 3, 5, 6, 7.

<sup>116</sup> R. de Waard, *Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen*, NJB 1992, afl. 7, p. 215; Rutgers, *Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen*, o.c., p. 323; G.A.M. Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1995, p. 43.

<sup>117</sup> S.A.M. Stolwijk, *Over revolutionairen, terrorisme en strafrecht*, DD 33 (2003), afl. 1, p. 7.

<sup>118</sup> Wet van 20 november 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven, Stb. 2006, 580; inwerkingtreding 1 februari 2007.

<sup>119</sup> TK 2004–2005, 30164, nr. 2.



**De bestemming: de rol van het middel bij de uitvoering van het misdrijf**

De in art. 46 lid 1 Sr omschreven voorbereidingshandelingen moeten *bestemd* zijn tot het begaan van een misdrijf dat bedreigd wordt met een gevangenisstraf van acht jaren of meer. De vraag is in de eerste plaats welke rol het voorbereidingsmiddel bij het begaan van het misdrijf moet hebben. Het woord *bestemd* eist immers dat de voorbereidingsmiddelen (in de zin van art. 46 Sr) in een instrumentele relatie tot het te plegen misdrijf staan. Zo wordt een pistool gebruikt bij een gewapende overval en een ruimte voor de vrijheidsberoving.

Hiervoor kwam het voorbeeld aan de orde van het inzamelen van geld om een huurmoordenaar uit te lokken tot het plegen van een moord. Het ingezamelde geld wordt direct gebruikt voor de uitlokking. Voor het eigenlijke plegen van de moord kan het geld niet gebruikt worden omdat er geen kogels uitkomen. Voor het geval van de inzameling van geld voor de huurmoordenaar maakt het weinig uit. Omdat moord en uitlokking tot moord met dezelfde straf worden bedreigd, is de voorbereiding in beide gevallen even strafbaar. In andere gevallen kan dat anders zijn. Indien iemand geld op een spaarrekening heeft staan om een vuurwapen te kopen waarmee hij een ander van het leven wil beroven, is dan sprake van een straffeloze voorbereiding van verboden wapenbezit (volgens art. 55 lid 2 onder a j° art. 26 lid 1 WWM bedreigd met ten hoogste vier jaren gevangenisstraf) of van voorbereiding van moord?

*Literatuur*

Strijards stelt dat de opsomming van voorbereidingsmiddelen beperkt is en dat de eis van de kennelijke bestemming meebrengt dat het voorbereidingsmiddel geëigend moet zijn om het misdrijf mee te kunnen plegen. Daarvan is in zijn ogen in ieder geval geen sprake als slechts sprake is van begunstiging van het misdrijf door voorbereidingshandelingen die slechts gericht zijn op het vrijdelen van opsporing in de voorbereidingsfase.<sup>120</sup>

Alleen indien men een zeer sterke relatie eist tussen het misdrijf en het voorbereidingsmiddel lijkt volgehouden te kunnen worden dat de reeks voorbereidingsmiddelen beperkt is. Op zich zelf valt immers ongeveer alles onder de in art. 46 lid 1 Sr omschreven gedragingen. Bij zijn bespreking van de afzonderlijke voorbereidingsmiddelen volstaat Strijards ook voornamelijk met de voorbeelden van de memorie van toelichting waarin die relatie steeds heel hecht is. Bij informatiedragers noemt hij een gegevensdrager waarop de vluchtroute is vastgelegd.<sup>121</sup> Die relatie lijkt al wat minder hecht omdat een succesvolle vlucht voor de voltooiing van een misdrijf zelden essentieel zal zijn.

Strijards lijkt daarmee de woorden *bestemd tot het begaan van dat misdrijf* in ieder geval ruimer op te vatten dan *bestemd tot het vervullen van één of meer bestanddelen van de betreffende delictomschrijving*. Ook voorwerpen, stoffen, informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen die geen rol spelen bij het eigenlijke plegen van het misdrijf maar die van belang zijn voor andere onderdelen van het totale plan waarvan het plegen van het misdrijf deel uitmaakt, kunnen dus bestemd zijn tot het plegen van het misdrijf. Bij een vluchtroute gaat het dan om een onderdeel van het totale plan dat onmiddellijk op het eigenlijke plegen van het misdrijf volgt. Volgens Strijards kan het evenwel ook gaan

<sup>120</sup> Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, o.c., p. 117, 118.

<sup>121</sup> Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, o.c., p. 121-136.

om onderdelen van het plan die juist aan het eigenlijke plegen voorafgaan. De *strekking* van het voorbereidingsmiddel is volgens hem immers niet noodzakelijkerwijs *toekomstig*. Een voorbereidingsmiddel kan *zijn bestemming -in relatie tot het hoofdfact- al gevonden hebben, zonder dat al van een begin van uitvoering daarvan sprake is.*<sup>122</sup>

De Jong en Knigge noemen als voorbeeld van informatiedragers een stuk papier (of een diskette; inmiddels USB-stick) met daarop gegevens van het te overvallen bankgebouw.<sup>123</sup> Ook daar is de relatie tussen het voorbereidingsmiddel en het te plegen misdrijf minder strikt. Die informatiedrager zelf zal bij de overval immers (meestal) niet gebruikt worden. De informatie zal van te voren uitgebreid worden bestudeerd.

### *De wetgever*

De voorbeelden in de memorie van toelichting van het wetsvoorstel waarbij art. 46 Sr werd ingevoegd zijn duidelijk. Het gaat steeds om voorbereidingsmiddelen die een essentiële rol zullen of zouden gaan spelen bij de uitvoering van het voorgenomen misdrijf.<sup>124</sup> Daarmee is uiteraard niet gezegd dat een dergelijke directe relatie een harde eis is. Een dergelijke eis wordt in de memorie van toelichting in ieder geval niet genoemd. Verschillende mogelijkheden zijn denkbaar. Allereerst kan niet worden uitgesloten dat de minister inderdaad meende dat een dergelijk directe relatie moet bestaan. Daarnaast is denkbaar dat de minister van mening was dat de vereiste relatie tussen voorbereidingsmiddel en voorgenomen misdrijf door de rechtspraak moest worden ingevuld. Tegen deze beide mogelijke verklaringen pleit dat de memorie van toelichting daarvan met geen woord repte.

Dan blijven twee mogelijkheden over. Ofwel heeft de minister bij de vraag hoe direct de relatie tussen het voorbereidingsmiddel en het voorgenomen misdrijf moet zijn in het geheel niet stilgestaan ofwel heeft hij bewust gekozen voor voorbeelden die de noodzaak van het voorstel onderstrepen en heeft hij bewust geen aandacht besteed aan gevallen die wel binnen het bereik van art. 46 Sr vallen maar waarbij kritiek te verwachten viel op het ruime bereik van art. 46 Sr.

Een enkele overweging uit de memorie van toelichting lijkt zijdelings iets over deze relatie te zeggen. Echt duidelijk is het allemaal echter niet. De minister stelt op enig moment dat *voorhanden* hebben in de zin van art. 46 Sr niet vereist dat de voorbereider te allen tijde fysiek kan beschikken over het goed. Het kan ook gaan om een goed dat elders is opgeslagen. Als voorbeeld noemt hij dan een spaartegoed *waarover, blijkens afschrijvingen, beschikt is om voorwerpen te verwerven met een bestemming als in het voorstel bedoeld.*<sup>125</sup> De geciteerde overweging lijkt op het eerste gezicht uit te sluiten dat het spaartegoed zelf wordt aangemerkt als een voorbereidingsmiddel. In het licht van de stelling die de minister verhelderen wil, lijkt evenwel geen andere uitleg verdedigbaar dan dat het spaartegoed dat wordt aangewend om goederen ter uitvoering van het misdrijf mee aan te schaffen, dient te worden aangemerkt als voorbereidingsmiddel. Het is immers dit spaartegoed dat elders is opgeslagen. De formulering van de minister

<sup>122</sup> Strijards, Strafbare voorbereidingshandelingen, o.c., p. 136.

<sup>123</sup> J.M. van Bemmelen / Th. W. van Veen, Het materiële strafrecht, Algemeen deel, Gouda Quint, Arnhem, 12<sup>e</sup> druk, bewerkt door D.H. de Jong en G. Knigge, 1995, p. 165.

<sup>124</sup> TK 1990-1991, 22268, nr. 3, p. 7, 8, 16.

<sup>125</sup> TK 1990-1991, 22268, nr. 3, p. 18.

zou in dat geval wel ongelukkig zijn. Latere kamerstukken lijken meer duidelijkheid te verschaffen.

Allereerst is daar de parlementaire behandeling van de uitvoeringswet bij het Internationaal Verdrag ter bestrijding van terrorisme. De minister meent dat met art. 46 Sr aan de verplichting tot strafbaarstelling is voldaan. De verplichting tot strafbaarstelling van het Verdrag strekt zich mede uit tot *fondsen vergaren met de bedoeling die te gebruiken* voor het plegen van een terroristische aanslag. Dat kan dus ook de enkeling zijn die geld inzamelt voor een door hem zelf te plegen aanslag. Dat moet de wetgever zich hebben gerealiseerd. Dan kan niet worden volstaan met een strafbaarstelling van de voorbereiding van uitlokking, medeplegen of medeplichtigheid. De financiering moet (mede) kunnen worden aangemerkt als voorbereiding van het *plegen* van het misdrijf. Dat is uiteraard slechts mogelijk indien de fondsen (voorwerpen in de zin van art. 46 Sr) zelf geacht kunnen worden bestemd te zijn tot het plegen van het misdrijf.

Alhoewel tijdens deze parlementaire behandeling geen volstrekt duidelijk antwoord is gegeven op de algemene vraag wanneer de relatie tussen middel en misdrijf voldoende hecht is om het middel als bestemd tot het plegen van het misdrijf aan te merken, kan uit bepaalde onderdelen van die behandeling wel worden afgeleid dat gelden waarmee de kosten voor voorbereidingsmiddelen worden voldaan, zelf als voorbereidingsmiddel worden aangemerkt. Zo antwoordt de minister op de vraag of er misdrijven zijn waartoe de financiering volgens het Verdrag strafbaar gesteld moet worden waarvan de voorbereiding volgens art. 46 lid 1 Sr straffeloos blijft omdat zij met een gevangenisstraf van minder dan acht jaren worden bedreigd dat dit geldt voor bedreiging. In de praktijk verwacht hij daarvan geen problemen, immers:

Kenmerkend aan de bedreiging *sec* is evenwel dat van daadwerkelijke uitvoering van het misdrijf geen sprake is. Dat impliceert, dat ook geen kosten worden gemaakt ten behoeve van de uitvoering dan wel de voorbereiding van dat misdrijf. De bedreiging als zodanig is geen activiteit waaraan grote kosten verbonden zijn.<sup>126</sup>

De betekenis van de tweede zin van dit citaat kan in de gegeven context bezwaarlijk een andere zijn dan een aanduiding van de omstandigheden die relevant kunnen zijn voor de voorbereidingshandelingen in de zin van art. 46 Sr. Dat betekent dat onder meer het verwerven en voorhanden hebben van gelden die bestemd zijn om kosten ten behoeve van de uitvoering of voorbereiding van dat misdrijf te voldoen, moeten worden aangemerkt als voorwerpen die bestemd zijn om het misdrijf te plegen.

Bij nota van wijziging wordt een vijfde lid aan art. 46 Sr toegevoegd. Dat lid bepaalt dat onder voorwerpen alle zaken en vermogensrechten moeten worden verstaan. De minister stelt in de toelichting bij deze wijziging:

Vermogensbestanddelen (voorwerpen) zijn kennelijk bestemd tot het begaan van een misdrijf wanneer de intentie van de dader met het voorhanden hebben etc. van de voorwerpen op het begaan van dat misdrijf gericht is.<sup>127</sup>

Deze overweging stelt niet buiten twijfel hoe hecht de relatie tussen het voorwerp en het te plegen misdrijf moet zijn. Zij sluit in ieder geval niet uit dat voorwerpen die

<sup>126</sup> TK 2001-2002, 28031, nr. 5, p. 3.

<sup>127</sup> TK 2001-2002, 28031, nr. 6, p. 2.

dienen ter verkrijging van een voorwerp dat bij de eigenlijke uitvoering van het misdrijf zal worden aangewend zelfstandig als voorbereidingsmiddel worden aangemerkt.

In latere kamerstukken kan zowel steun worden gevonden voor een ruime als voor een enge opvatting omtrent voorbereidingsmiddelen.

Bij de behandeling van het wetsvoorstel van de WTM noemt strafrechtadvocate Böhler, die als deskundige werd gehoord op de eerder genoemde hoorzitting, als voorbeelden van voorbereidingshandelingen bij de aanslagen van 11 september 2001: het volgen van vlieglessen en het voorhanden hebben van geld en vliegtickets.<sup>128</sup> Die voorbeelden worden daar op dat moment door geen van de aanwezigen tegengesproken.

Echter, in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer stelt de minister:

Een toegevoegde waarde naast de strafbare voorbereiding heeft samenspanning in de gevallen waarin nog geen voorwerpen (etc.) zijn aangeschaft om het terroristische misdrijf mee te plegen, doch wel een overeenkomst is aangegaan en eventueel zelfs daden zijn verricht tot uitvoering daarvan. Te denken valt aan duiklessen, genomen ter voorbereiding op de aanslag op een boot, of aan het stelselmatig observeren van een persoon in verband met een voorgenomen moordaanslag.<sup>129</sup>

Dat het volgen van lessen (ongeacht of die nu betrekking hebben op duiken of vliegen) en het observeren van een persoon niet als voorbereidingshandelingen kunnen worden aangemerkt, is goed te verdedigen. Immers het betreft daar niet de handelingen met de middelen die art. 46 Sr opsomt. In zoverre is de opsomming van Böhler onjuist. Het bezit van het cursusmateriaal dat aan de cursisten wordt verstrekt zou dan wel als voorbereidingsmiddel kunnen worden aangemerkt. Uit de hiervoor aangehaalde literatuur lijkt immers te kunnen afgeleid dat een informatiedrager die gegevens bevat die voor de uitvoering van het voorgenomen misdrijf van belang kunnen zijn een voorbereidingsmiddel in de zin van art. 46 Sr oplevert.

Het citaat lijkt er daarnaast echter op te duiden dat ook de verkrijging of het bezit van geld waarmee voorwerpen zullen worden aangeschaft om het misdrijf mee te plegen niet als voorbereidingshandelingen kunnen worden aangemerkt. Die aanschaf zelf is, blijkens het citaat, volgens de minister de ondergrens van de strafbare voorbereidingshandeling. Dat valt met het voorgaande niet goed te rijmen.

Dezelfde minister stelt evenwel enige tijd later, in verband met zijn voorstel om *kenmerklijk* uit art. 46 lid 1 Sr te schrappen dat hieronder nog aan de orde zal komen:

Van gelden die beschikbaar worden gehouden of gesteld voor de financiering van aanslagen zal niet gemakkelijk kunnen worden gesteld dat uit de aard van het voorwerp de objectieve bestemming tot het criminele doel blijkt. Geld dat voor een goed doel beschikbaar wordt gehouden ziet er niet anders uit dan geld dat beschikbaar wordt gehouden voor een aanslag. De subjectieve bestemming, het opzet van de dader, is toereikend voor strafbaarheid.<sup>130</sup>

<sup>128</sup> TK 2003–2004, 28463, nr. 29, p. 12.

<sup>129</sup> EK 2003–2004, 28463, nr. C, p. 9.

<sup>130</sup> TK 2004–2005, 30164, nr. 3, p. 49.

Dit citaat lijkt geen enkele ruimte te laten voor de stelling dat eerst van voorbereiding van een aanslag sprake is wanneer de gelden gebruikt worden om de noodzakelijke voorwerpen die bij de aanslag zelf gebruikt gaan worden, worden aangeschaft.

De enige verklaring die voor de enge interpretatie van de minister bij de behandeling van het voorstel voor de WTM enerzijds en de ruime interpretatie later anderzijds lijkt te kunnen worden gegeven, is dat de betreffende interpretatie hem op het betreffende tijdstip het beste uitkomt. Nut en noodzaak van de strafbaarstelling van samenspanning kunnen lichter aannemelijk worden gemaakt indien een (te) beperkte uitleg aan art. 46 Sr wordt gegeven. Met het latere wetsvoorstel wil de minister dat de wet uitdrukking geeft aan het feit dat ook een middel dat niet (zonder meer) de uiterlijke verschijningsvorm van een voorbereidingsmiddel heeft als zodanig kan worden aangemerkt. Dan komt het voorbeeld van geld als voorbereidingsmiddel hem wel goed van pas.

De minister laat zich bij zijn uiteenzetting van het bereik van art. 46 lid 1 Sr bij de behandeling van verschillende wetsvoorstellen kennelijk meer leiden door politieke strategische motieven dan door het positieve recht.

Op grond van het voorgaande moet, met name in verband met de implementatie van het Verdrag tegen de financiering van terrorisme, mijns inziens worden aangenomen dat geld dat gebruikt gaat worden om middelen te verwerven die direct bij de uitvoering van het voorgenomen misdrijf kunnen worden gebruikt of dat aangewend wordt om vastgelegde gegevens te verkrijgen waarmee het voorgenomen misdrijf zal worden gepleegd als voorbereidingsmiddel in de zin van art. 46 Sr moet worden aangemerkt.

### *Rechtspraak*

De Hoge Raad lijkt geen hoge eisen te stellen aan de relatie tussen het voorbereidingsmiddel en het te plegen misdrijf. Een voertuig dat gebruikt is om een bank te observeren ter voorbereiding van een overval is *kennelijk bestemd* tot het plegen van die overval. Daarbij lijkt het antwoord op de vraag of dat voertuig ook zal worden gebruikt bij de overval zelf van geen betekenis.<sup>131</sup> Naar aanleiding van deze uitspraak is opgemerkt dat *ook het voorhanden hebben van voorwerpen die alleen een preparatoire functie hebben, (...) strafbare voorbereiding (kan) opleveren*.<sup>132</sup>

In het onderhavige verband kan ook nog gewezen worden op de uitspraak in de zaak tegen terreurverdachte Samir A. van het Gerechtshof 's-Gravenhage.<sup>133</sup> De verdachte had volgens de telastlegging een groot aantal voorbereidingsmiddelen voor handen. Genoemd werden plattegronden, foto's en tekeningen van gebouwen en hun omgeving (luchthaven Schiphol, de Tweede Kamer, het Binnenhof, de kerncentrale Borssele, het Ministerie van Defensie en de AIVD), aantekeningen van benodigdheden om de voorgenomen misdrijven uit te kunnen voeren, routebeschrijvingen naar de betref-

<sup>131</sup> Hoge Raad 18 november 2003, LJN: AJ0535.

<sup>132</sup> E. Gritter en E. Sikkema, Bestemming onbekend - Strafbare voorbereiding (artikel 46 Sr) en wetsvoorstel 30164, DD 2006, p. 284, 285.

<sup>133</sup> Na sluiting van het manuscript heeft de Hoge Raad het betreffende arrest van het hof vernietigd. Volgens de Hogere Raad heeft het Hof blijk gegeven van een te beperkte en dus onjuiste opvatting omtrent art. 46, eerste lid, (oud) Sr. Het Hof heeft immers nagelaten te beoordelen of deze voorwerpen, afzonderlijk dan wel gezamenlijk naar hun uiterlijke verschijningsvorm ten tijde van het handelen dienstig kunnen zijn voor het misdadige doel dat de verdachte met het gebruik van de voorwerpen voor ogen had; HR 20 februari 2007, LJN: AZ0213. Aan deze uitspraak wordt hier verder geen aandacht besteed.

fende gebouwen alsmede gegevens over de aldaar aanwezige beveiliging, een geschrift waarin werd opgeroepen tot de heilige strijd en het martelaarschap, een papier met verwijzing naar de URL van een website waar allerlei informatie over het gebruik van wapens wordt gegeven, geschriften waarin de chemische formule van een explosief is neergelegd, diskettes waarop bestanden staan genaamd 'videotestament' waarin wordt opgeroepen tot de jihad en doden van Joden en Amerikanen alsmede bestanden waarin wordt opgeroepen tot de heilige strijd, waarin verslagen van oorlogshandelingen zijn vastgelegd en waarin is beschreven hoe een moslim het strijdperk betreedt, patroonhouders en een geluiddemper voor een automatisch vuurwapen, gesoldeerde elektrische circuits, een kogelwerend vest, een nachtkijker, ammoniak, zoutzuur en kunstmest.

Volgens de advocaat-generaal waren de voorbereidingshandelingen van de verdachte gericht op het veroorzaken van een ontplofing in of bij de gebouwen waarvan de verdachte foto's, tekeningen en plattegronden in bezit had.

Het hof onderscheidt in zijn beoordeling van de voorbereidingsmiddelen drie categorieën. De eerste categorie betreft de bestanddelen die mogelijk bedoeld zijn om een explosief met ontsteking te fabriceren. De tweede categorie betreft wapens en onderdelen en toebehoren van wapens (patroonhouders en geluiddemper) en zaken die bij het plegen van een aanslag een handig hulpmiddel kunnen zijn (portofoon, kogelvrij vest en nachtkijker). Tot de derde categorie behoort een selectie van de informatiedragers die in de woning van verdachte zijn gevonden. Kort gezegd, ging het om de foto's, tekeningen en plattegronden van gebouwen, alsmede de handgeschreven lijstjes van benodigde zaken. De geschriften over de jihad en martelaarschap, de videotestamenten en de chemische formule van het explosief werden niet bij één van de drie categorieën ingedeeld.

Bij de beantwoording van de vraag of sprake is geweest van voorbereiding van een aanslag door verdachte liet het hof op *de gezamenlijkheid van die voorwerpen in samenhang met overige belastende informatie omtrent de verdachte*. Na een korte uiteenzetting over voorbereiding in art. 46 Sr overweegt het hof:

Bij de beantwoording van de vraag of van strafbare voorbereiding sprake is geweest, gaat het dus om de vraag wat de kennelijke bedoeling van de verdachte was, in samenhang met de aard van die voorwerpen. Het gaat bij dat laatste niet alleen om de vraag of een middel in abstracto enige bijdrage kan leveren tot het begaan van het misdrijf dat de verdachte op het oog heeft, maar ook om het reële belang dat het betreffende materiaal voor het plegen van het uiteindelijke misdrijf zal kunnen hebben en - daarmee - de concrete en/of acute gevaarzetting die van het vervaardigen of voorhanden hebben van dat materiaal uitgaat.

Over de aanwezige onderdelen van een nog te bouwen explosief zegt het hof, mede op grond van het oordeel van deskundigen daaromtrent dat verdachte *op een kennelijk zeer onbeholpen wijze op zoek was naar wegen om een functionerende geïmproviseerde explosieve constructie te kunnen vervaardigen*.

Over de voorbereidingsmiddelen van de tweede categorie (ondersteunende hulpmiddelen) zegt het hof *dat hun betekenis - ook in onderling verband en samenhang gezien, alsook gezien in relatie met hetgeen hierna ten aanzien van de 'derde categorie' wordt vastgesteld - zodanig*

nig *diffuus en onzeker is*, dat zij niet als voorbereidingsmiddel kunnen worden aange-merkt.

De informatie die de verdachte over de te treffen objecten heeft verzameld en de wijze waarop hij deze heeft vastgelegd draagt volgens het hof *een nog zo primitief en oppervlakkig karakter* dat zelfs een succesvolle voorbereiding van een aanslag onmogelijk moet worden geacht.

Die vaststellingen brengen volgens het hof mee dat geen sprake kan zijn van strafbare voorbereiding *omdat die voorwerpen, stoffen en gegevensdragers die bestemming in objectieve zin redelijkerwijs niet kunnen hebben*. Deze uitkomst wordt door het hof verdedigd door erop te wijzen dat de verdachte eigenlijk gestraft zou worden voor zijn gedachten en intenties wanneer hij veroordeeld zou kunnen worden wegens strafbare voorbereiding wanneer *die objectieve bestemming en de daarmee samenhangende gevaarstelling* ontbreken. De verdachte wordt daarom vrijgesproken van de hem ten laste gelegde voorbereidingshandelingen.<sup>134</sup>

Buruma stelt dat het hof eist dat er een reële dreiging binnen een afzienbare termijn moet bestaan dat er een aanslag wordt gepleegd en dat uit de gedragingen van de verdachte moet kunnen worden afgeleid welk (soort) misdrijf (ongeveer) waar en (ongeveer) wanneer zal plaatsvinden.<sup>135</sup> Die elementen zijn inderdaad in het arrest aanwezig. De tweede categorie voorbereidingsmiddelen wordt door het hof buiten beschouwing gelaten omdat onvoldoende duidelijk is waar zij precies voor dienen. De bestanddelen van het explosief en de gegevensdragers kunnen het doel dat zij moeten dienen niet dichterbij brengen. Daarvan gaat derhalve onvoldoende dreiging uit.

Het heeft er evenwel alle schijn van dat er nog iets meer besloten ligt in het arrest van het hof. Gelet moet immers worden op de *gezamenlijkheid van die voorwerpen* en op *het reële belang dat het betreffende materiaal voor het plegen van het uiteindelijke misdrijf zal kunnen hebben*. Mijns inziens brengt dat mee dat indien meer duidelijkheid bestond over de concrete plannen van verdachte een veroordeling wegens voorbereiding op grond van het bezit van de ondersteunende middelen (categorie 2) niet mogelijk zou zijn nu het belang daarvan voor het uiteindelijk te plegen delict te gering is en op verwerving van een werkend explosief op korte termijn geen uitzicht bestaat. Hetzelfde geldt mogelijk voor de plattegronden, tekeningen en foto's van de gebouwen alsmede de door de verdachte gemaakte notities over de beveiliging van die gebouwen. Zelfs als het karakter van de gegevens op die gegevensdragers minder *primitief en oppervlakkig* waren, zou van een reële gevaarstelling geen sprake zijn. Zolang de verdachte niet in staat was een functionerende bom te produceren of te verwerven (ongeacht of de onmogelijkheid om het middel te verwerven verband houdt met een tekort aan middelen of onbekendheid met leveranciers van het middel)<sup>136</sup>, zou een veroordeling niet mogelijk lijken.

<sup>134</sup> Hof's-Gravenhage 18 november 2005, LJN: AU6181 (Samir A.).

<sup>135</sup> Y. Buruma, De gedraging als element van het strafbare feit, DD 2006, 58, p. 817.

<sup>136</sup> Samir Azzouz had weliswaar de adresgegevens van een leverancier van kunstmest, uit niets bleek dat hij na de verwerving van kunstmest wel in staat zou zijn geweest een functionerende bom te fabriceren.

In meer algemene termen zou de uitspraak van het hof als volgt kunnen worden uitgelegd. Als de uitvoering van het misdrijf gedoemd is te mislukken omdat een essentieel voorbereidingsmiddel onmogelijk de aan dat middel toebedeelde functie kan vervullen dan lijkt een veroordeling wegens voorbereiding in verband met de vervaardiging, verkrijging, het voor handen hebben en dergelijke van voorbereidingsmiddelen die wel hun (ondergeschikte) functie kunnen vervullen niet mogelijk. Of een bepaalde handeling met betrekking tot een bepaald voorwerp als voorbereidingshandeling kan worden aangemerkt, hangt aldus niet slechts af van de aard van de handeling en de relatie van het middel tot het voorgenomen misdrijf. Ook de deugdelijkheid van andere voor de voltooiing van het misdrijf meer voornamelijk voorbereidingsmiddelen moet in ogenschouw worden genomen. De absolute ondeugdelijkheid van een voor de voltooiing van het misdrijf essentieel middel kan aan een veroordeling wegens strafbare voorbereiding in de weg staan, ook indien minder belangrijke middelen wel deugdelijk zijn en (wellicht) zelfs indien de verdachte zich van de ondeugdelijkheid van het middel bewust is en nog aan perfectionering daarvan werkt. Zodra echter aangenomen moet worden dat de verdachte in staat is om een deugdelijk middel te produceren of te verwerven, zou het mijns inziens te ver voeren te eisen dat op die productie of verwerving moet worden gewacht. Het bezit van de minder belangrijke, maar wel degelijk deugdelijke, voorbereidingsmiddelen zou dan een voldoende grondslag voor een veroordeling wegens strafbare voorbereidingshandelingen moeten vormen. Indien het hof bedoelt aan te geven dat het middel feitelijk moet zijn geproduceerd of aangekocht raakt zijn oordeel mijns inziens te ver verwijderd van de hiervoor weergegeven opvattingen van wetgever en literatuur.

Tenslotte is van belang dat het hof verschillende gegevensdragers helemaal niet als (mogelijk) voorbereidingsmiddel aanmerkt. Het betreft de gegevensdragers die niet in één van de drie categorieën zijn ondergebracht.

De formule om een explosief samen te stellen werd niet als voorbereidingsmiddel aangemerkt. Kennelijk zag het hof hierin een gegevensdrager die met het voorgenomen misdrijf in een onvoldoende hechte relatie staat. De gegevens die in de gegevensdrager zijn vervat worden niet direct bij het plegen van het misdrijf gebruikt. Zij worden gebruikt bij de vervaardiging van het explosief. Deze vervaardiging is zelf een voorbereidingshandeling. Tussen de verkrijging en het voorhanden hebben van de gegevensdrager en de vervaardiging en het voorhanden hebben van het explosief bevindt zich nog de verkrijging en het voorhanden hebben van de onderdelen en stoffen waaruit de explosieve constructie moet worden opgebouwd. Zowel uit de memorie van toelichting bij art. 46 Sr<sup>137</sup> als uit het onderhavige arrest kan worden afgeleid dat de onderdelen van een nog samen te stellen explosief wel als voorbereidingsmiddelen kunnen worden aangemerkt. Omdat dus nog twee stadia van strafbare voorbereiding volgen op het enkele bezit van de formule kan goed verdedigd worden dat de relatie van dat bezit met het voorgenomen misdrijf onvoldoende hecht is om die formule als voorbereidingsmiddel aan te merken.

Een moeilijker geval levert het zogenaamde videotestament op. Het gaat dan in het algemeen om een audiovisuele registratie van de pleger van een aanslag die verwacht

---

<sup>137</sup> TK 1990–1991, 22268, nr. 3, p. 16.



bij of na het plegen van die aanslag zelf (als martelaar) het leven te laten. Die registratie behelst meestal een aankondiging<sup>138</sup> en rechtvaardiging van het voorgenomen misdrijf, een boodschap aan de nabestaanden en een boodschap aan de burgers en gezagsdragers van de samenleving waartegen de aanslag is gericht. Het videotestament lijkt voor veel aanslagplegers een belangrijk element in de aanvaarding van hun naderende einde. De vervaardiging is wellicht voor hen, in psychisch opzicht, een noodzakelijke handeling ter voorbereiding van de te plegen aanslag. Tevens betreft die vervaardiging een handeling die slechts ingegeven is door de wens om de aanslag te plegen. Het plan wordt aldus in daden omgezet. Desalniettemin voert het mijns inziens te ver de vervaardiging en het bezit van een dergelijk videotestament op deze gronden reeds als voorbereidingshandelingen aan te merken.

Bij de eigenlijke uitvoering van het misdrijf speelt het videotestament in de regel geen rol. Dat kan onder omstandigheden anders liggen. Men zou dan bijvoorbeeld kunnen denken aan de situatie dat het videotestament (mede) tot doel heeft het terroristisch oogmerk (bijvoorbeeld het oogmerk om de Nederlandse bevolking ernstige vrees aan te jagen of om de Nederlandse regering ergens toe te dwingen) waarmee de dader handelt te verwezenlijken.<sup>139</sup> Voorwaarde daarvoor lijkt te zijn dat de aanslagpleger in de videoboodschap direct zijn 'vijanden' toespreekt op een wijze die aan de verwezenlijking van dat oogmerk zou kunnen bijdragen en dat aangenomen kan worden dat hij bedoeld heeft het testament in handen van politie, justitie of journalisten (en dergelijke) te laten vallen vlak voor, tijdens of na het plegen van het voorgenomen misdrijf. Bij een terroristisch misdrijf kan de videoboodschap in dat geval wel degelijk geacht worden direct verband te houden met het plegen van het voorgenomen misdrijf. Het videotestament houdt dan immers direct verband met de verwezenlijking van een delictsbestanddeel.<sup>140</sup>

### *Afsluitend*

De conclusies die uit het voorgaande kunnen worden getrokken houden een tamelijk speculatief karakter. Een voorbereidingsmiddel kan in ieder geval geacht worden bestemd te zijn om het misdrijf mee te plegen wanneer a) het middel zelf direct zal worden gebruikt bij de uitvoering van het voorgenomen misdrijf, b) het middel kennis verschafft die direct zal worden aangewend bij de uitvoering van het voorgenomen misdrijf of c) het middel direct zal worden gebruikt om goederen te verkrijgen waarmee het voorgenomen misdrijf zal worden gepleegd of om middelen te verwerven die kennis verschaffen die direct zal worden aangewend bij de uitvoering van het voorgenomen misdrijf (het gaat, met andere woorden, om middelen waarmee de onder a en b bedoelde voorbereidingsmiddelen zullen worden verkregen) dan wel om personen ertoe te bewegen dat misdrijf te plegen. Daarbij moet de uitvoering van het voorgenomen misdrijf niet te beperkt worden opgevat. Het gaat daarbij niet slechts om de vervulling van de wettelijke bestanddelen van het voorgenomen misdrijf. Het gaat om

<sup>138</sup> Omdat het testament eerst wereldkundig wordt nadat het misdrijf is gepleegd fungeert die aankondiging meer als bekenenis.

<sup>139</sup> In Rb Rotterdam, 1 december 2006, LJN: AZ3589 (Piranha) werd het terroristisch oogmerk van vuurwapenbezit afgeleid uit een videotestament waarin de verdachte zich met het betreffende vuurwapen toonde.

<sup>140</sup> Het feit dat niet vereist is dat voorbereidingsmiddelen direct verband houden met de verwezenlijking van één of meer bestanddelen laat uiteraard onverlet dat zij dit wel kunnen. De relatie tussen voorbereidingsmiddel en het voorgenomen misdrijf is in gevallen waarin het middel direct strekt ter verwezenlijking van één of meerdere bestanddelen uiteraard ook het hechtst.

de feitelijke uitvoering van het plan met inbegrip van bijvoorbeeld het vervoer naar en van de plaats waar het misdrijf zal worden gepleegd. Daaraan moet het voorbereidingsmiddel dienstbaar zijn op de wijze als onder a), b) of c) beschreven wijze. Van strafbare voorbereiding kan mogelijk geen sprake zijn zolang het plegen van het misdrijf onmogelijk is in verband met het feit dat de voorbereider of een andere betrokkene geen oplossing heeft gevonden voor de absolute ondeugdelijkheid van een voor de voltooiing van het misdrijf essentieel voorwerp of voor de onmogelijkheid dat voorwerp te verkrijgen.

### **De kennelijkheid van de bestemming; de volgende wijziging**

Als gezegd is de eis dat de bestemming van het voorbereidingsmiddel *kennelijk* is inmiddels geschrapt. *Kennelijk* had in art. 46 Sr als functie een band te garanderen tussen de gedraging en de intentie. Het bestanddeel eiste dat de misdadige bestemming voor de gemiddelde rechtsgenoot in het oog springt. Geëist werd dat de naar haar aard niet noodzakelijkerwijs strafwaardige gedraging, gegeven de context van het concrete geval niet anders verstaan kan worden dan als gericht op de verwezenlijking van het betreffende misdrijf.<sup>141</sup> Met andere woorden *de grondslag van de aansprakelijkheid dient (...) te liggen in het gevaarzettende karakter van de voorbereidende gedragingen zelf, en niet in de criminele intentie.*<sup>142</sup> Alleen dan blijft immers de stelling te verdedigen dat ons strafrechtelijk ouderschap aanknoopt bij gedragingen, meer bepaald gedragingen die schadelijk, of tenminste gevaarzettend, zijn.

#### *Betekenis van de eis van de kennelijkheid van de bestemming*

Wanneer maken de concrete omstandigheden van het geval nu de op zich onschuldige handelingen tot strafbare voorbereiding? De memorie van toelichting bij het voorstel tot invoering van art. 46 Sr noemt als voorbeeld het monteren van spoorwegbielzen op een auto opdat deze als ram kan fungeren. Als nu eerder volgens hetzelfde scenario een bank is overvallen door dezelfde verdachten of door dezelfde organisatie is de bestemming kennelijk, zelfs voordat de bielzen werkelijk gemonteerd zijn.<sup>143</sup> Rozemond wijst erop dat het voorbeeld ongelukkig gekozen is. Immers bij de eerdere overval zijn de bielzen al aan de auto gemonteerd waardoor de strafbare voorbereiding al eerder heeft plaatsgehad.<sup>144</sup> We kunnen zelfs een stap verder gaan en de vraag stellen waarom deze lieden überhaupt nog vrij rondlopen als vaststaat dat zij een ramkraak hebben gezet.<sup>145</sup>

Over een ander voorbeeld uit de kamerstukken merkt Rozemond op dat de misdadige bestemming niet wordt afgeleid uit het voorhanden hebben van bepaalde voorwerpen maar uit de afspraak die de verdachten hebben gemaakt. In zo een geval is niet de voorbereidingshandeling het aanknopingspunt maar de samenspanning.<sup>146</sup> Het probleem is natuurlijk voorspelbaar. Onschuldige gedragingen zijn niet licht kennelijk, in

<sup>141</sup> TK 1990–1991, 22268, nr. 3, p. 18; Prakken / Roef, Strafbare voorbereiding in Nederland: juridische overkill, o.c., p. 244, 245; J. Simmelink en P. Smith, Deelneming en voorbereiding, in: Van der Neut (red), Daderschap en deelneming, o.c., p. 165.

<sup>142</sup> Prakken / Roef, Voorbereidingshandelingen in het strafrecht, o.c., p. 242.

<sup>143</sup> TK 1990–1991, 22268, nr. 3, p. 16.

<sup>144</sup> K. Rozemond, Algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen, DD 24 (1994), afl. 7, p. 669.

<sup>145</sup> De Hullu, Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid, o.c., p. 42.

<sup>146</sup> Rozemond, Algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen, o.c., p. 670.

de zin van min of meer objectief waarneembaar, bestemd om zware misdrijven mee te plegen. De context kan wel iets duidelijk maken, maar echt duidelijk is het pas als we de intentie van de voorbereider in het geheel betrekken.

Velen van ons hebben wel eens, of wellicht altijd, lege flessen en een oude lap stof in huis. Wie zijn tuin een beetje bijhoudt, heeft niet zelden een paar liter benzine voor de kettingzaag of de motormaaier in de schuur staan. Ook de combinatie is niet bijzonder. Dat wordt anders als de voorwerpen bij elkaar staan op de tafel van iemand die op een flat woont en die zich per fiets pleegt te verplaatsen (dus geen auto of brommer bezit en geen boot en die evenmin als hovenier met gemotoriseerd tuingereedschap werkt enz. enz.). Dan kunnen we best aannemen dat hier een brandstichting wordt voorbereid. En als niet tevens binnen afzienbare tijd een kerstbomenverbranding in de buurt plaatsvindt, zal dat ook, behoudens uiteraard het geval van art. 428 Sr of het daar bedoelde verlot, en uiteraard mits daarvan gemeen gevaar voor te duchten is het misdrijf van art. 157 Sr zijn. Maar wellicht is er iets anders of zelfs meer (bijvoorbeeld een moordaanslag). De Hoge Raad eist dat op grond van de telastlegging duidelijk is op welk in de strafwet omschreven misdrijf met een strafbedreiging van acht jaren of meer de voorbereidingshandelingen waren gericht.<sup>147</sup> Dat zou dan eventueel ook nog problemen op kunnen leveren.

Het zeer beperkte bereik dat een dergelijk objectieve uitleg van *kennelijk* art. 46 Sr zou gunnen, zal door de wetgever destijds niet beoogd zijn. Sommige auteurs zijn dan ook, mede gevoed door de dubbelzinnige voorbeelden uit de kamerstukken van mening dat de intentie een rol mag spelen bij het bewijs van het bestanddeel *kennelijk bestemd*.<sup>148</sup> Als die intentie inderdaad mag worden betrokken in de beantwoording van de vraag of de kennelijke bestemming aanwezig geacht moet worden, ontstaat een zekere overlapping met het bestanddeel opzet. Het opzet heeft betrekking op alle bestanddelen die daarop volgen. Voor art. 46 Sr betekent dit dat niet alleen opzet op de voorbereidingshandelingen moet bestaan, maar ook op het begaan van het misdrijf. Voorwaardelijk opzet volstaat daarbij.<sup>149</sup> Volgens de minister voegt *kennelijk* dan niets meer toe en werkt het zelfs verwarrend. Daarom zou schrappen aangewezen zijn.

Aan de toelichting zitten nog wel wat haken en ogen. Zo stelt de minister dat aan *kennelijk* in de literatuur twee betekenissen worden toegedicht. De objectieve waarbij uit de aard van de voorwerpen het criminele doel moet blijken en de subjectieve waarbij de intentie van de dader mee mag tellen. Dat dan aan de subjectieve betekenis de voorkeur moet worden gegeven volgt uit het feit dat geld nimmer naar zijn aard bestemd is voor een terroristische aanslag. En als de intentie inderdaad een rol mag spelen, aldus nog steeds de minister, heeft *kennelijk* naast opzet geen eigen betekenis meer. Daarnaast zou ook de Hoge Raad geen hoge eisen stellen aan de kennelijkheid van de criminele bestemming. Daartoe wijst de minister dan op het hierboven aangehaalde arrest van 17 september 2002.<sup>150</sup> In dat arrest draait het echter niet om de betekenis die aan *kennelijk* moet worden toegedicht.

<sup>147</sup> HR 17 september 2002, NJ 2002, 626. Een concrete omschrijving van de wijze waarop de uitvoering zou gaan plaatsvinden is vaak echter niet mogelijk en wordt ook niet geëist.

<sup>148</sup> Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, o.c., p. 136, 137; Noyon, Langemeijer, Remmelink, o.c., aant. 6 bij art. 46 Sr; De Hullu, *Materieel Strafrecht*, o.c., p. 412, 413.

<sup>149</sup> TK 1990-1991, 22268, nr. 3, p. 15, 16.

<sup>150</sup> TK 2004-2005, 30164, nr. 3, p. 49.

Illustratiever in dit verband is een arrest van 18 november 2003. Het hof had, zich beroepend op de wetsgeschiedenis, overwogen dat *aan de term “kennelijke bestemming” een objectieve beperkte strekking moet worden toegekend in die zin dat de gemiddelde rechtsgeenoot uit de combinatie van zaken overduidelijk moet kunnen afleiden dat op het moment van handelen met het betreffende voorwerp er een crimineel doel is*. De Hoge Raad laat het arrest van het hof in stand, immers *heeft het hof die auto beoordeeld op zijn uiterlijke verschijningsvorm, op het daarvan gemaakte gebruik en op het misdadige doel dat de verdachte en zijn mededaders met het gebruik van die auto voor ogen hadden*.<sup>151</sup> Volgens mij heeft het hof dat nu juist niet gedaan. Het hof heeft vastgesteld dat de criminele intentie kon worden afgeleid uit de uiterlijke verschijningsvorm, terwijl de Hoge Raad de intentie juist meeneemt, naast deze uiterlijke verschijningsvorm, in de vaststelling van de kennelijke bestemming.

De Hoge Raad lijkt hiermee, tamelijk expliciet, te kiezen voor de subjectieve uitleg. Onzekerheid hieromtrent blijft bestaan omdat hij niet alleen het hof niet op de vingers tikt voor de aangelegde maatstaf, maar zelf ook de passage over het in het oog springen voor de gemiddelde rechtsgeenoot uit de memorie van toelichting citeert. Daarbij gaat het om de omstandigheden waaronder de middelen werden gebruikt en aangetroffen, wat toch lijkt te duiden op de objectieve uitleg. Zelfs als de intentie mag worden meegewogen valt de kennelijke bestemming dus niet volledig samen met de opzeteis. De Hoge Raad let dan immers altijd ook nog op de uiterlijke verschijningsvorm en het gemaakte gebruik van het middel. Als kennelijke bestemming niet objectief moet worden uitgelegd, werkt het aldus toch wel enigszins objectiverend.

Al met al is de rechtspraak van de Hoge Raad bij nader inzien wellicht minder duidelijk dan de minister, die overigens naar eigen zeggen slechts had gelet op gepubliceerde arresten, ons wil doen geloven. Ook voor het overige is de toelichting bij het voorstel curieus.

Zo stelt de minister met een beroep op De Hullu dat de objectieve uitleg eist dat de voorwerpen naar hun aard bestemd zijn om het misdrijf te begaan.<sup>152</sup> Noch in de oorspronkelijke kamerstukken, noch in de gangbare strafrechtelijke literatuur, waaronder het boek van De Hullu, heb ik dit criterium terug kunnen vinden. Dat mag ook niet verbazen. Voorbereidingshandelingen waren vaak immers onschuldige, alledaagse gedragingen. De voorwerpen zullen niet zelden onschuldig van aard zijn. De behoefte aan strafbaarstelling was juist het sterkst in die gevallen waar nog niet kon worden opgetreden, met andere woorden waar het ging om gedragingen met betrekking tot voorwerpen die naar hun aard onschuldig waren terwijl in de context van het concrete geval duidelijk was dat een ernstig misdrijf werd voorbereid. Het voorbeeld dat de minister geeft is dus niet opmerkelijk of verrassend. Het wijst ook niet op een hiaat in de objectieve interpretatie. Het is gewoon onjuist.

Daarnaast is niet alleen opmerkelijk dat de minister in het beslechten van een kwestie die juridisch auteurs in Nederland verdeeld houdt slechts één werk aanhaalt, dat dit werk van de hand is van een auteur die een hem welgevallige mening verkondigt en dat hij de andere opvatting onjuist weergeeft. Eveneens opvallend is dat de minister simplificeert. De Hullu bereikt zijn conclusie dat de intentie mee mag wegen heel voorzichtig<sup>153</sup> en betreft daarin expliciet dat dit gerechtvaardigd is als de opzeteis van

<sup>151</sup> HR 18 november 2003, LJN: AJ0535.

<sup>152</sup> TK 2004–2005, 30164, nr. 3, p. 49.

<sup>153</sup> Letterlijk: *(h)oe wenselijk een zekere beperking van het erg ruime art. 46 Sr ook mag zijn, zelf neig ik ertoe*

art. 46 Sr streng wordt geïnterpreteerd. Als de nadruk komt te liggen op de intentie, en dat lijkt in de voorfase onvermijdelijk, dan kan voorwaardelijk opzet niet volstaan. Opzet moet dan de betekenis krijgen van oogmerk.<sup>154</sup> Over de uitleg van het begrip opzet of een beperking daarvan horen we de minister niet. Wat de gevolgen van de voorgestelde wijziging ook mogen zijn en hoe men die ook waarderen wil, van een serieuze toelichting mag toch verwacht worden dat zij blijk geeft van een zorgvuldiger studie.

### *Gevolgen van de wijziging*

De vraag blijft echter wat de consequenties zullen zijn van de wijziging. De minister laat weinig misverstand bestaan over de richting die hij op wil met art. 46 Sr: *(de subjectieve bestemming, het opzet van de dader, is toereikend voor strafbaarheid).*<sup>155</sup> Het kan de minister niet ontzegd worden, duidelijk is het wel. En of het werkelijk een breuk oplevert met het verleden is niet zeker.<sup>156</sup> De objectieve interpretatie van de memorie van toelichting van 1991, niet die van het windmolengevecht van deze minister, lijkt, zo bleek hiervoor, te beperkt. In het verleden is van verschillende zijden en vanuit verschillende perspectieven een relatie gelegd tussen voorbereiding en poging. Zo is verdedigd dat de in de voorbeelden van de memorie van toelichting, met andere woorden tegen de tijd dat de bestemming waarlijk kennelijk is, vaak reeds van een poging moet worden gesproken<sup>157</sup> alsmede dat de voorbereidingsbepaling kan worden gemist door een ruimere interpretatie van het begrip uitvoeringshandeling bij poging<sup>158</sup>.

Een geheel andere relatie tussen strafbare voorbereiding en poging kan gelegd worden door de vraag te stellen of voorbereiding met een ondeugdelijk middel, net als de absoluut ondeugdelijke poging, straffeloos moet blijven. De memorie van toelichting, die duidelijk maakt dat voor de uitleg van art. 46 Sr vaak aansluiting gezocht moet worden bij art. 45 Sr inzake poging stelt dat voorbereiding met een ondeugdelijk middel inderdaad straffeloos moet blijven.<sup>159</sup>

Ook Strijards meent dat dit het geval is: *waar het meerdere, de handeling bij de absoluut ondeugdelijke poging niet strafbaar is, zal van die strafbaarheid toch ook geen sprake kunnen zijn bij het mindere, de voorbereidingshandeling.* Een tekstueel aanknopingspunt voor deze opvatting vindt hij in het woord *kennelijk*. Een ondeugdelijk middel kan niet *kennelijk* dienen tot dit doel, al dacht de dader van wel. De objectivering van dit bijwoord brengt mee dat naar de dienstigheid van het middel moet worden gevraagd.<sup>160</sup> Het is

---

*te aanvaarden dat voor het bewijs van de kennelijke bestemming mag meetellen wat over de intentie bekend is.*

<sup>154</sup> De Hullu, Materieel strafrecht, o.c., p. 412-415.

<sup>155</sup> TK 2004-2005, 30164, nr. 3, p. 49.

<sup>156</sup> Gritter en Sikkema, Bestemming onbekend – Strafbare voorbereiding (artikel 46 Sr) en wetsvoorstel 30164, o.c., p. 296, 297. Zij menen dat de rechtspraak van de Hoge Raad meebrengt dat eerst van strafbare voorbereiding sprake kan zijn indien *daadwerkelijk* een concreet misdrijf is voorbereid. Het voorbereidingsmiddel moet bij die voorbereiding dan een functie hebben gehad.

<sup>157</sup> Rozemond, Algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen, o.c., p. 670, 671.

<sup>158</sup> Mols en De Roos, Naar een algemene strafbaarheid van de voorbereidingshandeling, o.c., p. 224.

<sup>159</sup> TK 1990-1991, 22268, nr. 3, p. 12, 13.

<sup>160</sup> Strijards, Strafbare voorbereidingshandelingen, o.c., p. 31, 32. Uit het bestanddeel *kennelijk bestemd* leidde het Gerechtshof 's-Gravenhage af dat voorbereiding waarvan geen enkele concrete en/of acute gevaarstelling uitgaat (met absoluut ondeugdelijk middelen) niet strafbaar is; Hof 's-Gravenhage 18 november 2005, LJN: AU6181 (Samir A.). De rechtbank Rotterdam wier vonnis door het hof vernietigd werd, had de verdachte ook vrijgesproken. Naar haar mening bestond onvoldoende duidelijkheid over welke concrete misdrijven de verdachte dan zou hebben voorbe-

erg onzeker of dit uitgangspunt te verenigen valt met de *subjectieve bestemming* die volgens de minister volstaat voor strafbaarheid. Uitgesloten is dit niet. Strijards zelf moest zijn opvatting over straffeloosheid in geval van een ondeugdelijk middel ook rijmen met zijn subjectieve invulling van *kennelijk bestemd*. Hij slaagde daarin door erop te wijzen dat de *aansprakelijkheid* (wordt) *gefundeerd op de kenbare intentie*. Maar dat de reden daarvan is dat van de intentie een reël gevaar van *objectieve gevaarzetting* uitgaat.<sup>161</sup> Met andere woorden de rechtvaardiging van de strafbaarstelling ligt nog steeds in de (potentieel) gevaarlijke gedraging.

Of de minister dat ook vindt weten we niet, of de tekst van de wet in de toekomst nog ruimte biedt voor deze opvatting evenmin. Het lijkt erop dat de voorgestelde redactie van art. 46 Sr meer aanknoping zoekt bij de gevaarlijke persoon en zijn kwade bedoelingen dan de gevaarzettende gedraging.

Is dat dan zo bezwaarlijk? In het licht van het model waarin het strafrecht het oog heeft op schadelijke gedragingen die reeds hebben plaatsgevonden en niet op 'foute' bedoelingen of afwijkende gedachten, is art. 46 Sr natuurlijk altijd problematisch geweest. Maar als de neiging van de strafvorderlijke overheid om preventief op te treden ooit ergens navoelbaar of wellicht zelfs volledig gerechtvaardigd is geweest dan is het wel in de strijd tegen het internationaal terrorisme. Hooguit kan dan het feit dat art. 46 Sr een veel ruimer bereik heeft dan de strafrechtelijke bestrijding van terrorisme, betreurd worden.

De nadruk die met het schrappen van het woord kennelijk wordt gelegd op de intentie kunnen we daar nog wel bij hebben. Sterker nog, daar valt wellicht iets voor te zeggen.<sup>162</sup> Waarom zou, wanneer twee verdachten de aantoonbare intentie hadden brand te stichten en beide daartoe een jerrycan benzine hebben aangekocht, de verdachte die een brommer heeft, moeten worden vrijgesproken en de ander veroordeeld moeten worden? Dat lijkt niet redelijk.

---

reid. Zij onderscheidde de vraag naar de kennelijke bestemming van die naar de deugdelijkheid van het middel. Zij deed dat met de volgende opmerkelijke overweging: *De in deze rapportage genoemde voorwerpen en stoffen (...) worden aangemerkt als voorwerpen en stoffen kennelijk bestemd voor het plegen van enig misdrijf waarbij een ontploffing teweeg wordt gebracht. Echter gezien het oordeel van de deskundige van het NFI dienen de in de voornoemde rapportage genoemde voorwerpen als een ondeugdelijk middel te worden beschouwd, zodat deze niet tot het bewijs kunnen bijdragen* (Rb Rotterdam 6 april 2005, LJN: AT3315). Ondeugdelijke middelen kunnen dus naar het oordeel van de rechtbank wel een kennelijke bestemming hebben, zij moeten echter worden uitgesloten van het bewijs. Die bewijssuitsluiting was van belang voor de vrijspraak omdat het ondeugdelijke middel (een explosieve constructie) wel degelijk duidelijk gericht was op een min of meer concreet misdrijf. Dat de ondeugdelijkheid van het middel (slechts) leidt tot bewijssuitsluiting lijkt overigens onjuist. Dat zou betekenen dat een veroordeling wegens strafbare voorbereiding alsnog mogelijk zou zijn indien de intenties van verdachte langs andere weg wel bewezen zouden kunnen worden. De vernietiging van het vonnis door het Hof is dan ook terecht. Dat geldt ook voor de motivering van de gegeven vrijspraak: *Onder die omstandigheden kan naar 's hofs oordeel niet gesproken worden van het vervaardigen of aanwezig hebben van voorwerpen, stoffen en gegevensdragers die kennelijk zijn bestemd tot voorbereiding van een aanslag zoals onder 2 tenlastegelegd, omdat die voorwerpen, stoffen en gegevensdragers die bestemming in objectieve zin redelijkerwijs niet kunnen hebben; zou men ondanks het ontbreken van die objectieve bestemming en de daarmee samenhangende gevaarzetting een verdachte toch veroordelen, dan zou men hem ten gronde straffen voor zijn gedachten en intenties, hetgeen de wetgever juist uitdrukkelijk heeft willen uitsluiten.*

<sup>161</sup> Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, o.c., p. 32.

<sup>162</sup> Anders: E. Prakken, *Naar een cyclopisch (straf)recht*, NJB 2004, afl. 45 / 46, p. 2340.

Wel zal mijns inziens gewaarborgd moeten blijven dat de voorbereiding met een absoluut ondeugdelijk middel straffeloos is. Wellicht biedt het woord *bestemd* daartoe ook op zich zelf voldoende ruimte.

Daarnaast zou de strengere invulling van het bestanddeel opzet die De Hullu voorstelt kunnen garanderen dat ook werkelijk wordt geëist dat die intentie bij de voorbereider zelf aanwezig is. Dan wordt zeker gesteld dat ook werkelijk bewezen moet worden dat de voorbereider de voorwerpen voor handen had óm het feit te begaan. En dat lijkt dan wel voldoende grond voor bestraffing. Wie niet alleen de intentie heeft een ernstig misdrijf te begaan en niet slechts heeft uitgedacht hoe dat misdrijf te begaan maar tevens reeds tijd, moeite en geld heeft gestoken in het verwerven van middelen die voor die uitvoering noodzakelijk of aan die uitvoering dienstbaar zijn, wordt niet louter bestraft op grond van een 'foute' intentie of afwijkende gedachte. Taalkundig, niet juridisch, valt best vol te houden dat hij aan de uitvoering van zijn misdrijf is begonnen.

### *Afsluitend*

Het heeft er alle schijn van dat de materieelrechtelijke<sup>163</sup> gevolgen van deze wijziging van art. 46 Sr uiterst gering zijn. Daarvoor is als belangrijke voorwaarde dan wel vereist dat ook onder vigueur van de nieuwe tekst de straffeloosheid van de absoluut ondeugdelijke poging verzekerd blijft.

### **3.2.2.3 Tijd en plaats van de strafbare voorbereiding; internationale dimensie**

Verskillende deelnemingsvormen hebben een eigen tijd en plaats. Dat houdt in dat deze deelnemingsvormen geacht worden plaats te hebben gevonden op de plaats en het tijdstip waarop de deelnemings*shandeling* werd verricht. Wanneer een bepaalde vorm van deelneming geen eigen plaats en tijd heeft, wordt zij geacht de plaats en tijd van het misdrijf zelf te hebben.

Een eigen tijd en plaats hebben in ieder geval de medeplichtigheid en de uitlokking, al meent Strijards dat zij tevens kunnen delen in de plaats waar het delict plaats heeft gevonden.<sup>164</sup> Ten aanzien van het doen plegen bestaat geen zekerheid over de eigen tijd en plaats terwijl de jurisprudentie een wisselend beeld laat zien. Het medeplegen volgt in het algemeen de plaats van het delict, ook wanneer de medepleger niet lijfelijk aanwezig is geweest bij het plegen van het feit.<sup>165</sup> De vraag naar de tijd en plaats kan niet slechts ten aanzien van de verschillende deelnemingsfiguren maar tevens ten aanzien van de voorbereiding rijzen.

<sup>163</sup> Strafvorderlijk kan dit anders liggen, eventueel ook in verband met het feit dat met de inwerking-treding van dezelfde wet aan Titel IVA (Bijzondere bevoegdheden tot opsporing), Titel V (Bijzondere bevoegdheden tot opsporing voor het onderzoek naar het beramen of plegen van ernstige misdrijven in georganiseerd verband) en Titel VA (Bijstand aan opsporing door burgers) een nieuwe Titel VB (Bijzondere bevoegdheden tot opsporing van terroristische misdrijven) en Titel VC (Bijstand aan opsporing van terroristische misdrijven door burgers) worden toegevoegd. Voorwaarde voor toepassing van de betreffende bevoegdheden is daar *aanwijzingen van een terroristisch misdrijf*.

<sup>164</sup> Strijards, Internationaal strafrecht, Strafrechtsmacht, Algemeen Deel, o.c., p. 260, 261. Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c., aant. 8 bij Tijd en plaats van het strafbaar feit, noemt deze mogelijkheid slechts ten aanzien van medeplichtigheid.

<sup>165</sup> P.J.H.M. Brouns, Tijd en plaats bij deelneming, in: Van der Neut (red), Daderschap en deelneming, o.c., p. 193-195.

Het antwoord op die vraag is met name van belang voor gevallen waarin het geheel van planning, voorbereiding en uitvoering van het betreffende misdrijf een internationale component heeft, zoals met terroristische aanslagen nog al eens het geval zal zijn.

Alhoewel de strafbaarheid van voorbereidingshandelingen in de zin art. 46 Sr niet volgt uit die bepaling zelf maar uit het misdrijf dat wordt voorbereid heeft de voorbereiding haar eigen tijd en plaats. Dat betekent dus dat wanneer in Nederland voorbereidingshandelingen plaatsvinden voor een in Frankrijk te plegen misdrijf de voorbereiding in Nederland vervolgbaar en strafbaar is. Andersom moet de voorbereiding in Frankrijk van een in Nederland te plegen misdrijf in Frankrijk worden gesitueerd.<sup>166</sup>

De vraag kan rijzen of de voorbereiding in Nederland van een misdrijf waar een gevangenisstraf van acht jaren of meer op is gesteld ook strafbaar dient te zijn als dit misdrijf gepleegd gaat worden in een land waar het betreffende feit niet strafbaar is. Die strafbaarheid behoeft niet vanzelfsprekend te zijn. Het voltooide misdrijf kan dan immers in beginsel (uitgezonderd zijn de misdrijven ten aanzien waarvan Nederland universele rechtsmacht heeft, die waarover Nederland op grond van het vlagbeginsel of op grond van het passief personaliteitsbeginsel rechtsmacht heeft en die waarover Nederland ook zonder dubbele strafbaarheid rechtsmacht heeft op grond van het actief personaliteitsbeginsel) niet worden bestraft. Volgens het recht van de plaats waar het werd begaan, is het immers niet strafbaar terwijl Nederland geen rechtsmacht heeft. Dat voorbereiding van een misdrijf kan worden bestraft zonder dat het voltooide misdrijf kan worden bestraft, ligt uiteraard niet direct voor de hand.

Naar het mij voorkomt bestaan er desalniettemin weinig bezwaren tegen het vervolgen en bestraffen van een dergelijke voorbereiding. Zowel de voorbereiding als de voltooiing zijn naar Nederlands recht strafbaar. Dat alleen de voorbereiding ook daadwerkelijk kan worden bestraft, volgt uit een vervolgingsobstakel, te weten het ontbreken van rechtsmacht. Het bestaan van dit obstakel kan niet worden aangemerkt als een lacune in het Wetboek van Strafrecht. Uitbreiding van de Nederlandse rechtsmacht tot dergelijke feiten zou met het volkenrecht in strijd kunnen zijn. Wanneer nationale belangen bij een buiten Nederland gepleegd strafbaar feit niet worden getroffen, bestaat immers niet zonder meer (het volkenrecht kent, met name in de sfeer van het internationaal terrorisme, uitzonderingen) de bevoegdheid om rechtsmacht te vestigen.<sup>167</sup> Vestiging van rechtsmacht zou in dergelijke gevallen kunnen leiden tot het (gegronde) verwijt dat Nederland de territoriale soevereiniteit van de vreemde mogendheid onvoldoende respecteert. Dat Nederland niet zonder meer rechtsmacht heeft over misdrijven die in het buitenland zijn begaan, is derhalve in overeenstemming met volkenrechtelijke uitgangspunten betreffende de *Kompetenz-Kompetenz* (de volkenrechtelijke bevoegdheid om rechtsmacht te creëren). Aangezien bij de *Kompetenz-Kompetenz* de belangen van staten veel gewicht in de schaal leggen, zal Nederland bij (in) vervolging en bestraffing van de meeste gevallen waarvoor het geen rechtsmacht heeft gecreëerd weinig belang(stelling) hebben. De wens om de soevereiniteit van andere subjecten van volkenrecht te respecteren en het gebrek aan belang(stelling) bij (in) bestraffing van in den vreemde gepleegde gedragingen brengt in geen enkel opzicht

<sup>166</sup> Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, o.c., p. 24.

<sup>167</sup> Y. Buruma, *Introductie internationaal strafrecht*, *Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 1994, p. 8; Strijards, *Internationaal strafrecht*, *Strafrechtsmacht*, *Algemeen Deel*, o.c., p.142-158, 164-165.



mee dat de Nederlandse strafwet dergelijke gedragingen niet als misdrijven zou aanmerken op de enkele grond dat zij naar het recht van de plaats waar zij gepleegd zijn niet strafbaar zijn.

Zodra Nederland wel rechtsmacht heeft ten aanzien van de voorbereidingshandeling staat niets berechting en bestraffing nog in de weg. Nederland hoeft zijn grondgebied (of (lucht)vaartuig) dan ook niet open te stellen voor het verrichten van voorbereidingshandelingen op de enkele grond dat het misdrijf dat wordt voorbereid op de plaats waar het verricht wordt niet strafbaar is.

### 3.2.3 Art. 96 lid 2

Als gezegd, bestond reeds voor de inwerkingtreding van art. 46 Sr een beperkt aantal gevallen van strafbare voorbereiding in het Nederlandse strafrecht. Eén van de bepalingen waarin bepaalde vormen van voorbereiding strafbaar zijn gesteld, is art 96 lid 2 Sr. Deze bepaling bedreigde voor de inwerkingtreding van de WTM een aantal tamelijk nauwkeurig omschreven handelingen met een gevangenisstraf van tien jaren. Het gaat om voorbereiding van de misdrijven van de art. 92 tot en met 95a Sr. Art. 96 lid 2 Sr werd daarenboven van toepassing verklaard op de misdrijven van art. 121 Sr (art. 122 lid 2 Sr). Art. 96 lid 2 Sr geeft de volgende omschrijving van voorbereidingshandelingen:

- 1° een ander tracht(en) te bewegen om het misdrijf te plegen, te doen plegen of mede te plegen, om daarbij behulpzaam te zijn of om daartoe gelegenheid, middelen of inlichtingen te verschaffen;
- 2° gelegenheid, middelen of inlichtingen tot het plegen van het misdrijf zich of anderen tracht(en) te verschaffen;
- 3° voorwerpen voorhanden (hebben) waarvan hij weet dat zij bestemd zijn tot het plegen van het misdrijf;
- 4° plannen voor de uitvoering van het misdrijf, welke bestemd zijn om aan anderen te worden medegedeeld, in gereedheid breng(en) of onder zich (hebben);
- 5° enige maatregel van regeringswege genomen om de uitvoering van het misdrijf te voorkomen of te onderdrukken, tracht(en) te beletten, te belemmeren of te verijdelen.

In het eerste lid van art. 96 (en van art. 122) Sr is de samenspanning tot dezelfde misdrijven strafbaar gesteld. Ook de samenspanning tot deze misdrijven wordt bedreigd met tien jaren gevangenisstraf.

Met de inwerkingtreding van de WTM is het bereik van art. 96 lid 2 Sr sterk uitgebreid. De strafbaarheid van de voorbereidingshandelingen van art. 96 lid 2 Sr is sinds die inwerkingtreding niet meer beperkt tot een zeer gering aantal staatsgevaarlijke misdrijven. De voorbereidingshandelingen van art. 96 lid 2 Sr zijn, ruwweg, strafbaar gesteld voor alle terroristische misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd. Die uitbreiding hangt samen met de uitbreiding van de strafbaarheid van samenspanning tot dezelfde terroristische misdrijven. Tijdens de parlementaire behandeling heeft de discussie over de noodzaak van deze uitbreidingen zich volledig geconcentreerd op de strafbaarstelling van samenspanning. De samenspanning komt hieronder uitgebreid aan de orde in paragraaf 3.3. De kritiek die daar wordt geuit op de motivering van de noodzaak om tot de uitbreiding over te gaan, geldt (zij het wellicht

in mindere mate) ook voor de uitbreiding van het bereik van de voorbereidingshandelingen van art. 96 lid 2 Sr.

In ieder geval moet worden opgemerkt dat art. 96 lid 2 Sr een ruimer bereik heeft dan art. 46 Sr. De strafbaarstelling van art. 96 lid 2 Sr betreft niet slechts voorbereidingshandelingen maar tevens verschillende vormen van bevordering van de betreffende misdrijven. Juist ten opzichte van de deelnemingsregeling van het algemeen deel (de art. 46a en 47 en volgende Sr) bevat art. 96 lid 2 Sr een uitbreiding. De voorbereidingshandelingen van art. 96 lid 2 zijn in de meeste gevallen ook door art. 46 Sr gedeckt. Hieronder zal de verhouding tussen beide bepalingen worden besproken.

### 3.2.4 Verhouding art. 46 Sr tot art. 96 lid 2 Sr

Nu kan het uiteraard voorkomen dat een enkele gedraging zowel als voorbereiding in de zin van art. 46 Sr als in de zin van art. 96 lid 2 Sr kan worden aangemerkt. Vraag is dan welke bepaling mag of moet worden toegepast: art. 46 Sr, art. 96 lid 2 Sr of beide? De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor art. 46 Sr bevat daaromtrent de volgende passage:

Voorzover in de strafwetgeving de voorbereidingshandeling sui generis voorkomt, zal de toepasselijkheid van de concurrentieregeling van het tweede lid van het genoemde artikel (art. 55; JML) het Openbaar Ministerie verplichten de telastelegging toe te spitsen op de bijzondere strafbaarstelling, die het strafrechtelijk schuldverwijt ook indringender en specifiekere weergeeft.<sup>168</sup>

Bepaalde strafbaarstellingen van voorbereidingshandelingen verhouden zich dus als specialis ten opzichte van art. 46 Sr. Als voorbeeld van een dergelijke bijzondere strafbaarstelling noemt de memorie van toelichting art. 10a Opw. Het ligt nogal voor de hand ook art. 96 lid 2 Sr als zodanig aan te merken. De redactie van art. 96 lid 2 Sr vertoont immers sterke overeenkomsten met die van art. 10a Opw (de aanhef en de eerste drie onderdelen van beide bepalingen zijn nagenoeg identiek). Daarenboven betreft art. 96 lid 2 Sr een strafbaarstelling in het bijzonder deel van het Wetboek die, ten tijde van de behandeling van het voorstel tot invoeging van art. 46 Sr, voor een zeer beperkt aantal zeer ernstige staatsgevaarlijke misdrijven betekenis had.

#### 3.2.4.1 Specialiteit

De wet geeft in art. 55 lid 2 Sr een regeling voor het geval dat de verschillende strafbepalingen zich tot elkaar verhouden als generalis en specialis. Logischerwijs verdringt de bijzondere bepaling de algemene. Alhoewel de regeling met die van de eendaadse samenloop van het eerste lid gemeen heeft dat slechts één strafbepaling wordt toegepast, heeft zij met samenloop weinig uit te staan. De plaatsing in Titel VI (Samenloop van strafbare feiten) is dan ook strikt genomen onjuist. Er is immers maar één strafbepaling toepasselijk.<sup>169</sup> De samenloop komt aan de orde in hoofdstuk 6.

<sup>168</sup> TK 1990–1991, 22268, nr. 3, p. 19.

<sup>169</sup> R Emmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 849, 850; De Hullu, Materieel Strafrecht, o.c. p. 520; Van Bemmelen / Van Veen, Het materiële strafrecht, o.c., p. 217, 218.

**Verskil met samenloop aan de hand van de strafprocessuele consequenties**

Het verschil tussen eendaadse samenloop en specialiteit valt het duidelijkst te duiden aan de hand van de strafprocessuele consequenties. Indien tussen de twee strafbepalingen een verhouding van eendaadse samenloop bestaat, maakt het voor een veroordeling niet uit welk feit de Officier van justitie ten laste legt. Ook als hij alleen het minder zware feit ten laste legt, is een veroordeling mogelijk. Beide strafbepalingen zijn immers toepasbaar. De maximaal op te leggen straf is dan weliswaar lager tot problemen leidt dit niet. Omdat beide bepalingen toepasbaar zijn, hoeft de Officier van justitie zich eigenlijk niets aan te trekken van het voorschrift van art. 55 lid 1 Sr. Dat voorschrift richt zich uitsluitend tot de rechter. De Officier van justitie kan ten laste leggen wat hij wil: het lichtere, het zwaardere of allebei. Art. 55 lid 1 Sr wordt slechts toegepast als de telastlegging de rechter met een probleem confronteert. Als het feit als meerdere feiten ten laste is gelegd en bewezen is verklaard, moet ook voor al die feiten kwalificatie volgen.<sup>170</sup> De formulering van art. 55 lid 1 Sr dat slechts één strafbepaling wordt *toegepast* is in dat opzicht wellicht minder gelukkig.

Voor art. 55 lid 2 Sr ligt dit anders. Omdat slechts één van de strafbepalingen toepasbaar is, moet de Officier van justitie deze ook ten laste leggen. Kiest hij de andere dan zal het ten laste gelegde weliswaar bewezen kunnen worden, de kwalificatie strandt. Het feit zoals bewezen verklaard, bevat niet alle bestanddelen van de toepasselijke delictsomschrijving. Het bevat weliswaar alle bestanddelen van een andere delictsomschrijving, deze mag niet worden toegepast. De rechter zal de verdachte dan in principe moeten ontslaan van alle rechtsvervolging.<sup>171</sup> Dat is de oplossing die uit het systeem van de wet volgt. Bij een zuivere toepassing van art. 55 lid 2 Sr is het daarbij volstrekt irrelevant of overtreding van de specialis met een zwaardere of juist een mildere straf bedreigd wordt.<sup>172</sup>

**Nuancering van de strafprocessuele consequenties**

In wetenschap en praktijk wordt verschillend gedacht over deze systematisch duidelijke uitkomsten. Daarbij komen we allerlei variaties en nuances tegen. De verschillende oplossingen spitsen zich steeds toe op twee vragen. Zo kan allereerst verschillend gedacht worden over het antwoord op de vraag of de rechter de bewezen verklaarde generalis niet toch als specialis moet kunnen kwalificeren. Daarnaast wordt de vraag of er onderscheid moet worden gemaakt tussen de gekwalificeerde en de geprivilegieerde specialis verschillend beantwoord. Vanwege de samenhang die bestaat tussen deze twee vragen zal de beantwoording enigszins door elkaar lopen.

*Logische en systematische specialiteit*

Voor een goed begrip van de verschillende standpunten en nuances is nog het besef van een complicerende factor van belang. Deze houdt in dat een verdere nuancering aangebracht moet worden door het onderscheid tussen enerzijds logische en anderzijds systematische (of juridische) specialiteit. Van logische specialiteit is sprake indien de

<sup>170</sup> HR 20 december 1988, NJ 1989, 500; HR 19 december 2000, NJ 2001, 140; HR 23 maart 2004, NJ 2004, 313.

<sup>171</sup> C.M. Pelser, De naam van het feit, Over de kwalificatiebeslissing in strafzaken, dissertatie RUL, Gouda Quint, Arnhem, 1995, p. 173, 174; G.J.M. Corstens, Het Nederlands strafprocesrecht, 4<sup>e</sup> druk, Kluwer, Deventer, 2002, p. 597; Remmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 855.

<sup>172</sup> Corstens, Het Nederlands strafprocesrecht, o.c., p. 596, 597.

specialis alle bestanddelen van de generalis bevat en nog één of enkele meer. Van systematische specialiteit is sprake als de specialiteitverhouding niet volgt uit de overeenkomst in tekst van de delictsomschrijving maar uit het wettelijk stelsel of uit de bedoelingen van de wetgever.<sup>173</sup>

### *De gekwalificeerde logische specialis*

In de literatuur bestaat vrij veel steun voor de opvatting dat het opportuniteitsbeginsel (art. 167 lid 2 en 242 lid 2 Sv) de Officier van justitie toestaat van het ten laste leggen van een gekwalificeerde logische specialis af te zien. Als het de Officier van justitie vrijstaat helemaal van vervolging af te zien dan moet hij ook voor een minder zwaar vergrijp kunnen vervolgen, zo is de gedachte.<sup>174</sup> Deze opvatting leidt er toe dat geen ontslag van alle rechtsvervolging, maar gewoon een veroordeling, volgt als de Officier van justitie, niettegenstaande het bestaan van een gekwalificeerde specialis, voor de generalis vervolgt. Slechts een enkeling verzet zich tegen deze oplossing.<sup>175</sup> Een doordachte toepassing ervan valt immers uit in het voordeel van de verdachte. Hoe men over deze sympathieke opvatting ook denken wil, met specialiteit heeft zij niets te maken. Sterker, zij maakt inbreuk op de verhouding tussen generalis en specialis als voorgeschreven door het 2e lid van art. 55 Sr.

### *Geprivilegieerde logische specialis*

Het ontslag van rechtsvervolging als gevolg van het verzuim de geprivilegieerde logische specialis ten laste te leggen wordt wel onbevredigend geacht. De verdachte heeft 'het' immers wel gedaan. Vaak is het bewijs daarvoor ook aanwezig. De oplossing wordt er dan in gevonden de bewezen verklaarde generalis onder de specialis te kwalificeren. In de jurisprudentie van de Hoge Raad zijn ook wel voorbeelden aan te wijzen die deze richting opgaan. Naar zijn oordeel staat het de rechter vrij ten gunste van de verdachte niet ten laste gelegde feiten en omstandigheden aan te nemen die leiden tot een lichtere kwalificatie.<sup>176</sup>

Corstens concludeert dat het, door hem overigens wel gewenste, kwalificeren buiten de telastlegging om door de Hoge Raad niet wordt toegestaan. De grondslagleer dwingt de rechter ertoe een 'kunstgreep' te hanteren. De niet bewezen bestanddelen die de rechter wel aannemelijk geworden acht, fungeren als strafverminderinggrond. Zijn voorkeur zou uitgaan naar een *lossere binding aan de tenlastelegging*. Zowel de geprivilegieerde als de gekwalificeerde specialis zou dan toegepast moeten kunnen worden als slechts de generalis ten laste is gelegd en bewezen is verklaard. Als voorwaarden daarvoor stelt hij dat het aanwezige bewijsmateriaal dit toe moet laten en dat de verdachte ter zitting met die mogelijkheid moet zijn geconfronteerd. Hij maakt daarbij geen expliciet onderscheid tussen de logische en systematische specialiteit, maar lijkt

<sup>173</sup> Van Bemmelen / Van Veen, o.c., p. 217; De Hullu, Materieel Strafrecht, o.c., p. 521-523; Pelser, De naam van het feit o.c., p. 158-160.

<sup>174</sup> D.H. de Jong, De macht van de telastlegging in het strafproces, dissertatie RUG, Gouda Quint, Arnhem, 1981, p. 126, 127. Van Bemmelen / Van Veen, o.c., p. 218; Rummelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 855; Pelser, De naam van het feit, o.c., p. 178; C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer, T & C Sr, Kluwer, Deventer, editie 2005, aant. 4.c) bij art. 350; De Hullu, Materieel Strafrecht, o.c., p. 522.

<sup>175</sup> Corstens, Het Nederlands strafprocesrecht, o.c., p. 596.

<sup>176</sup> HR 13 januari 1896, W6757; HR 8 februari 1944, NJ 1944, 314; HR 21 oktober 1980, NJ 1981, 93.

deze mogelijkheid wel impliciet te willen reserveren voor gevallen van logische specialiteit.<sup>177</sup>

Anderen zien deze ‘kunstgreep’ echter wel, althans meer, als kwalificeren buiten de bewezenverklaring om of wijzen op de andere arresten. Zij beperken deze wijze van kwalificeren tot gevallen van geprivilegieerde logische specialiteit.<sup>178</sup> Pelser verzet zich tegen het kwalificeren als geprivilegieerde logische specialis buiten de telastlegging om. Volgens haar neemt de rechter een onaanvaardbare vrijheid ten opzichte van de wet. De wet eist immers voor een veroordeling dat volgens de voorschriften van de wettelijke bewijsregeling is vastgesteld dat met de betreffende gedraging alle bestanddelen van de toepasselijke delictsomschrijving zijn vervuld. Zij vraagt zich ook af of de mogelijkheden om onder de specialis te kwalificeren wel steun vinden in het recht.<sup>179</sup>

### *Systematische specialiteit*

Over de systematische specialiteit bestaat meer eenstemmigheid. Vooropgesteld zij dat het aantal gevallen waarin sprake is van een systematische specialis beperkt is.

### **Altijd ontslag van alle rechtsvervolgning**

Algemeen wordt aangenomen dat het verzuim om een geprivilegieerde systematische specialis ten laste te leggen, moet leiden tot ontslag van alle rechtsvervolgning. Daartoe wordt doorgaans<sup>180</sup> verwezen naar het zogenaamde Verhuiswagenarrest. In de zaak die aanleiding gaf tot die uitspraak had de verdachte een aanhangwagen ’s nachts onverlicht op de openbare weg laten staan. Hij werd vervolgd wegens het niet zorgen dat een door hem op de openbare weg geplaatst voorwerp behoorlijk is verlicht (art. 427 onder 2 Sr). De Hoge Raad vernietigt het veroordelend vonnis van de rechtbank en ontslaat de verdachte van alle rechtsvervolgning. Voor het stil laten staan voor voertuigen en voor de verlichting die op stilstaande voertuigen dient te zijn aangebracht bevatten de WWV en het WVR (thans RVV) immers bijzondere strafbepalingen.<sup>181</sup> Omdat de systematische specialis niet alle bestanddelen van de generalis bevat, is het niet mogelijk de strafmitigerende bestanddelen van de specialis als strafverminderinggrond bij de generalis op te vatten.<sup>182</sup>

Uit het arrest valt overigens niet af te leiden dat het ontslag van alle rechtsvervolgning gereserveerd zou moeten blijven voor gevallen waarin de specialis met een lagere straf is bedreigd dan de generalis. Sterker, uit het arrest valt helemaal niet af te leiden dat in casu speciales van toepassing waren die met een lagere straf worden bedreigd. Dat hiervan sprake was<sup>183</sup>, lijkt zelfs moeilijk voorstelbaar. Overtreding van art. 427 onder 2 Sr wordt tegenwoordig bedreigd met een geldboete van de eerste categorie (€ 225).

<sup>177</sup> Corstens, Het Nederlands strafprocesrecht, o.c., p. 597.

<sup>178</sup> A.A. Franken, Hetzelfde feit, *Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 1992, p. 19; De Jong, De macht van de telastlegging in het strafproces, o.c., p. 132, 133; Van Bemmelen / Van Veen, o.c., p. 218; De Hullu, Materieel Strafrecht, o.c., p. 523; Rummelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 856.

<sup>179</sup> Pelser, De naam van het feit, o.c., p. 175, 176.

<sup>180</sup> Van Bemmelen / Van Veen, o.c., p. 217; Corstens, Het Nederlands strafprocesrecht, o.c., p. 596; De Hullu, Materieel Strafrecht, o.c., p. 523; Pelser, De naam van het feit, o.c., p. 183; Rummelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 854.

<sup>181</sup> HR 6 december 1960, NJ 1961, 54.

<sup>182</sup> Pelser, De naam van het feit, o.c., p. 183.

<sup>183</sup> Vgl. Pelser, De naam van het feit, o.c., p. 183.

Dat de sanctienorm in 1960 veel hoger heeft gelegen of dat de gecumuleerde boetes uit de inmiddels ingrijpend herziene WVW of het vervallen WVR een lagere sanctienorm inhielden lijkt niet waarschijnlijk. Dat zou dan meebrengen dat ook in geval een gekwalificeerde systematische specialis van toepassing is de bewezen verklaarde generalis niet kan worden gekwalificeerd.

Sommigen wijzen erop dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake verkrachting binnen het huwelijk inderdaad een aanwijzing lijkt te kunnen worden gevonden voor de stelling dat bij de systematische specialis niet relevant is of deze gekwalificeerd dan wel geprivilegieerd is.<sup>184</sup> De systematische specialiteit is dus altijd dwingend.<sup>185</sup> Voor anderen lijkt dit zo vanzelfsprekend dat zij bij de problematiek rond de systematische specialiteit in het geheel niet stilstaan bij het onderscheid tussen gekwalificeerde en geprivilegieerde speciales.<sup>186</sup> Slechts een enkeling gunt het OM de ruimte te vervolgen voor de generalis wanneer een gekwalificeerde systematische specialis van toepassing is.<sup>187</sup>

### Wanneer is sprake van systematische specialiteit

Met het voorgaande is nog niet duidelijk wanneer precies sprake is van een systematische specialis. De bijzondere verhouding tot de generalis volgt hier niet uit de redactionele overeenkomsten met de generalis. In zijn conclusie in de zaak die geleid heeft tot het hierboven besproken arrest van 6 december 1960 stelt de advocaat-generaal dat *die wetgever daarmede tevens bedoeld heeft om de algemene regel van art. 427 onder 2 Sr, voor zover daarmede de bescherming van hetzelfde rechtsgoed werd gediend, buiten werking te stellen*. De advocaat-generaal acht dus het beschermde rechtsgoed en de wil van de wetgever van belang. Het lijkt daarbij te gaan om cumulatieve eisen.

Beide criteria vinden we ook terug in de rechtspraak van de Hoge Raad. Daar gelden zij echter niet (expliciet) cumulatief. Het criterium dat de betreffende strafbepalingen hetzelfde rechtsgoed moeten beschermen, is door de Hoge Raad later met name bij fraude in de sfeer van belastingen en sociale verzekeringen gebruikt om systematische specialiteit ten opzichte van art. 225 Sr (valsheid in geschrifte) van de hand wijzen.<sup>188</sup> *Immers de strafbaarstelling in art. 225 Sr vindt haar grondslag in het belang van de gemeenschap bij de betrouwbaarheid van – o.m. – het schriftelijk bewijsmiddel, waarbij het niet nodig is dat daardoor nadeel is toegebracht, terwijl de zin van de strafbaarstelling van (...) is gelegen in de bescherming van de openbare middelen ten behoeve van (...).*<sup>189</sup> De wil van de wetgever was beslissend voor het ontbreken van een de specialiteitverhouding tussen art. 328 Sr (vernietiging verzekerd goed) en art. 326 Sr (oplichting) genoemd. *Art. 328 bevat niet alle*

<sup>184</sup> Zie onder meer HR 9 februari 1988, NJ 1988, 613.

<sup>185</sup> De Hullu, Materieel Strafrecht, o.c., p. 524; Pelsier, De naam van het feit, o.c., p. 183–187.

<sup>186</sup> Van Bemmelen / Van Veen, o.c., p. 218; R Emmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 855, 856 en, meer impliciet, Corstens, Het Nederlands strafprocesrecht, o.c., p. 596, 597.

<sup>187</sup> De Jong, De macht van de telastelegging in het strafproces, o.c., p. 126.

<sup>188</sup> Art. 29 lid 4 AWR bevat inmiddels (als gevolg van onvrede over het ontbreken van een specialiteitsverhouding) een vervolgingsuitsluitingsgrond ten aanzien van art. 225 lid 2 Sr; hierover J. Boksem, Het voorgestelde artikel 69, vierde lid, AWR zou eigenlijk niet nodig moeten zijn, in J.P. Balkema, M. Barel, J.A.W. Lensing, A.J.M. Machiels, H.J.B. Sackers (red.), Dynamisch strafrecht, Corstens-bundel, Gouda Quint, Arnhem, 1995, p. 49–58, m.n. 53.

<sup>189</sup> HR 14 oktober 1986, DD 87.091; HR 15 november 1988, NJ 1991, 314.

*bestanddelen van art. 326 en niet blijkt dat de wetgever desondanks heeft gewild dat eerstvermeld artikel zich tot het laatstgenoemde verhoudt als een bijzondere tot een algemene strafbepaling.*<sup>190</sup>

Ook de vraag of art. 328 Sr valt aan te merken als specialis van art. 157 Sr (opzettelijke brandstichting) is aan de Hoge Raad voorgelegd. Ook hier zonder succes. Advocaat-generaal Remmelink concludeert tot verwerping van het beroep nu niet blijkt dat de wetgever art. 328 Sr als systematische specialis van art. 157 Sr heeft bedoeld. Nu de Hoge Raad volstaat met op te merken dat *tussen de art. 157 en 328 Sr niet een verhouding bestaat als waarop art. 55 tweede lid van dat Wetboek het oog heeft*, valt niet na te gaan of het beschermde rechtsgoed of de wil van de wetgever (of beide) in deze zaak van doorslaggevende betekenis is (of zijn) geweest.<sup>191</sup> Het lijkt er aldus op dat de Hoge Raad slechts van systematische specialiteit wil weten indien de wetgever dit heeft beoogd en dan nog slechts voor zover beide bepalingen hetzelfde rechtsbelang beschermen.

### **De specialiteitsverhouding van art. 96 lid 2 Sr met art. 46 Sr**

Bij de specialiteitsverhouding van art. 96 lid 2 S tot art. 46 Sr gaat het om een systematische specialis nu art. 96 lid 2 Sr niet alle bestanddelen van art. 46 lid 1 Sr bevat terwijl wel aan de beide criteria voor het bestaan van systematische specialiteit is voldaan. De wetgever heeft expliciet aangegeven dat bijzondere strafbaarstellingen van voorbereidingshandelingen voorrang dienen te krijgen boven de algemene strafbaarstelling van art. 46 Sr. De algemene en bijzondere strafbaarstelling beschermen ook hetzelfde rechtsbelang. Beide bepalingen zijn erop gericht de samenleving te beschermen tegen de gevolgen van (zeer) ernstige misdrijven door strafrechtelijk optreden mogelijk te maken in een stadium waarin het werkelijk plegen van dit (zeer) ernstige misdrijf nog kan worden voorkomen. Het misdrijf dat daarbij voorkomen wordt, is bij beide strafbaarstellingen van voorbereidingshandelingen ook nog eens hetzelfde.

Dat brengt dus mee dat in voorkomende gevallen de officier van justitie verplicht zal zijn om voor de bijzondere strafbaarstelling van de voorbereidingshandeling te vervolgen. Legt hij de voorbereiding ten laste als voorbereiding in de zin van art. 46 Sr dan rest de rechter niets anders dan de verdachte op dat punt te ontslaan van alle rechtsvervolgning.

### **3.2.4.2 Invloed en gevolgen van de Wet herijking strafmaxima**

Hiervoor, in paragraaf 2.1.2.2, werd aandacht besteed aan de verhouding tussen de Wet herijking strafmaxima en de verhoging van tijdelijke gevangenisstraf van vijftien jaren tot levenslange gevangenisstraf bij terroristische misdrijven. Die verhouding ontstond door de verhoging van de maximale duur van de tijdelijke gevangenisstraf van twintig naar dertig jaren door de inwerkingtreding van de Wet herijking strafmaxima. In deze paragraaf komt de strafverhoging van de Wet herijking strafmaxima voor de poging tot en voorbereiding van misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd aan de orde, met name in haar verhouding tot de voorbereiding van terroristische misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd.

### **De strafverhoging bij (poging en) voorbereiding**

De logische chronologische volgorde in het traject dat eindigt met de voltooiing van het misdrijf is samenspanning, voorbereiding, poging, voltooid delict. Naarmate men

<sup>190</sup> HR 11 mei 1982, NJ 1982, 640.

<sup>191</sup> HR 26 januari 1988, NJ 1988, 816.

het voltooide delict dichter nadert, neemt het aantal delicten waarvoor de betreffende vorm van begaan strafbaar is gesteld toe. Het voltooid delict is zowel voor misdrijven als voor overtredingen strafbaar gesteld. Poging is alleen strafbaar wanneer het om misdrijven gaat (art. 45 lid 1 Sr). Voorbereiding is alleen strafbaar wanneer het gaat om misdrijven die worden bedreigd met een gevangenisstraf van acht jaren of meer (art. 46 lid 1 Sr). Samenspanning is slechts strafbaar voor bepaalde (lang niet alle) misdrijven die worden bedreigd met levenslange gevangenisstraf.

Ook het strafmaximum brengt de hiervoor beschreven logische chronologie (samenstelling, voorbereiding, poging, voltooid delict) tot uitdrukking. Het voltooid delict wordt vanzelfsprekend bedreigd met het strafmaximum van de betreffende strafbepaling. Bij poging wordt die straf met een derde verminderd (art. 45 lid 2 Sr). Bij voorbereiding wordt de straf met de helft verminderd (art. 46 lid 2 Sr). Voor de strafbare samenspanning geldt een vaste sanctienorm van tien jaren gevangenisstraf. Voor de inwerkingtreding van de Wet herijking strafmaxima kon voor poging tot een misdrijf dat wordt bedreigd met levenslange gevangenisstraf een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren worden opgelegd (art. 45 lid 3 (oud) Sr). Voorbereiding van een misdrijf waarop levenslange gevangenisstraf is gesteld, kon worden bestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren (art. 46 lid 3 (oud) Sr).

Met de verhoging van de tijdelijke gevangenisstraf van twintig naar dertig jaren zijn de sanctienormen voor poging en voorbereiding van misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd ook aangepast. Art. 45 lid 3 Sr bepaalt sinds de inwerkingtreding van de Wet herijking strafmaxima dat poging tot een misdrijf dat met levenslange gevangenisstraf wordt bedreigd, kan worden bestraft met twintig jaren gevangenisstraf. Voorbereiding van een dergelijk misdrijf kan volgens art. 46 lid 3 Sr thans worden bestraft met vijftien jaren gevangenisstraf.

Het is maar zeer de vraag of deze verhoging van de sanctienormen voor poging en voorbereiding terecht is. De toelichting bij het amendement stelt hierover slechts:

Tenslotte zijn ook de strafvermindingsgronden van de artikelen 45, derde lid, 46, derde lid, en 49, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht aangepast. Dit vloeit voort uit de in dit amendement voorgestelde verhoging van de tijdelijke gevangenisstraf naar ten hoogste dertig jaar bij misdrijven waarop ook levenslange gevangenisstraf is gesteld.<sup>192</sup>

De toelichting voert de strafverhoging van poging en voorbereiding aldus aan als een vanzelfsprekendheid.

Ik kan de indieners van het amendement daarin niet volgen. Reden voor de verhoging van de maximale duur van de tijdelijke gevangenisstraf was de constatering dat het gat tussen de maximale tijdelijke gevangenisstraf en levenslang zo groot was. De rechter krijgt aldus meer mogelijkheden om een lange gevangenisstraf op te leggen die nog steeds uitzicht biedt op een terugkeer in de samenleving. Daarmee is aan de strafwaardigheid en de visie van de wetgever op die strafwaardigheid van de betrokken misdrijven mijns inziens helemaal niets veranderd. De hoogste straf waarmee zij worden bedreigd was en is levenslange gevangenisstraf. Het was de indieners van het amendement naar eigen zeggen ook helemaal niet om een strafverhoging te doen. Waarom de

---

<sup>192</sup> TK 2003–2004, 28484, nr. 45, p. 5.



poging en voorbereiding van die misdrijven dan met een hogere straf moet worden bedreigd, is mij niet duidelijk. Bij die bepalingen gebeurt wel degelijk meer dan het enkele vergroten van de armsgaaf van de rechter. De wetgever geeft het signaal af dat deze feiten anders, lees: zwaarder, worden gewaardeerd. Mijns inziens bestaat daartoe geen enkele grond. Met name kan die grond niet worden gevonden in de tijdelijke gevangenisstraf die ten hoogste kan worden opgelegd in relatie tot de strafvermindering van poging en voorbereiding in de oude bepalingen.

De strafvermindering met de helft bij voorbereiding leek weliswaar consequent te zijn doorgevoerd in het derde lid van art. 46 (oud) Sr in die zin dat het strafmaximum van tien jaren gevangenisstraf precies de helft was van de maximale duur van de gevangenisstraf die voor het voltooide delict (twintig jaren) kon worden opgelegd, dat berustte naar alle waarschijnlijkheid op toeval.

Dat kan allereerst worden afgeleid uit het feit dat dezelfde logica bij het derde lid van art. 45 Sr niet was gevolgd. Poging tot een misdrijf dat met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren kon worden bestraft, werd bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren. Ten opzichte van de maximale duur van de tijdelijke gevangenisstraf die voor het voltooid delict kon worden opgelegd, betrof het hier dus strafvermindering met een vierde in plaats van met een derde.<sup>193</sup> Daarnaast moet aangenomen worden dat ook de verhouding van één staat tot twee bij de sanctienormen van art. 96 lid 1 en 2 Sr ten opzichte van de maximale duur van de gevangenisstraf die voor de voltooide misdrijven waartoe de samenspanning en voorbereiding in die bepalingen strafbaar wordt gesteld op toeval berust.<sup>194</sup> In ieder geval moet worden vastgesteld dat die verhouding niet altijd zo geweest is. Bij de invoering van het Wetboek was de samenspanning van art. 96 Sr immers bedreigd met een gevangenisstraf van vijf jaren. Het oorspronkelijke regeringsontwerp ging uit van drie jaren gevangenisstraf.<sup>195</sup> Eerst na de Tweede Wereldoorlog werden de straffen voor de samenspanning en voorbereiding van art. 96 lid 1 en 2 Sr verhoogd tot tien jaren. De memorie van toelichting en de memorie van antwoord bij die wijziging stellen ner-

<sup>193</sup> Daar kan tegenin worden gebracht dat vermindering met een derde van de duur van de maximale duur van de tijdelijke gevangenisstraf bij misdrijven die met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren bedreigd werden tot de tamelijk atypische sanctienorm van der tien jaren en vier maanden zou leiden en dat de wetgever dus wellicht naar boven heeft afgerond. Dit argument maakt weinig indruk. Atypische sanctienormen zijn onvermijdelijk bij strafvermindering met een derde. Indien de wetgever geen expliciete atypische sanctienormen had willen opnemen, ware hij alleen maar sneller klaar geweest. Het derde lid van art. 45 Sr was dan overbodig geweest indien hij in het tweede lid had opgenomen dat de sanctienorm bij poging gelijk staat aan de *tijdelijke* gevangenisstraf die voor het voltooid delict ten hoogste kan worden opgelegd, verminderd met een derde. Door een apart lid aan poging tot misdrijf dat met levenslange gevangenisstraf wordt bedreigd te wijden heeft de wetgever juist aangegeven dat vermindering met een derde niet aan de orde is bij misdrijven die met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren worden bedreigd.

<sup>194</sup> In de memorie van antwoord bij het wetsvoorstel tot herziening van (onder meer) het Wetboek van Militair Strafrecht (TK 1985-1986, 16813 (R 1165), nr. 8, p. 28) wordt geconstateerd dat in het Wetboek van Strafrecht bij de strafbaarstelling van samenspanning gekozen is voor een sanctienorm die de helft bedraagt van de sanctienorm voor het voltooid delict. Die constatering wordt niet gestaafd door nadere mededelingen, feiten of omstandigheden. Dat zij dus meer constateert dan een toevaligheid kan daaruit niet worden afgeleid. Dat ten onrechte normatieve werking aan deze feitelijke constatering is toegekend, bleef ook, zolang de maximale duur van de tijdelijke gevangenisstraf was vastgesteld op twintig jaren, zonder consequenties.

<sup>195</sup> H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel*, Tjeenk Willink, Haarlem, tweede druk, 1891, p. 17.

gens dat de sanctienorm van tien jaren daarbij is afgeleid van het maximum van de tijdelijke gevangenisstraf die kan worden opgelegd.<sup>196</sup> Dat laat onverlet dat de strafvermindering voor het hypothetische geval van strafbaarstelling van samenspanning en voorbereiding in de zin van art. 96 lid 2 Sr van een misdrijf dat niet bedreigd wordt met levenslange gevangenisstraf waarschijnlijk wel de helft zal moeten zijn.<sup>197</sup> Dat volgt dan uit art. 46 Sr en de nog te bespreken dogmatische dominantie van de opvatting dat samenspanning een vorm van voorbereiding is.

Wat hiervan verder zij, de sanctienormen voor de onvolkomen delictvormen zijn thans bij een misdrijf dat met levenslange gevangenisstraf wordt bedreigd als volgt. Samenspanning wordt bedreigd met een gevangenisstraf van tien jaren, voorbereiding met een gevangenisstraf van vijftien jaren, poging met een gevangenisstraf van twintig jaren en het voltooid delict, vanzelfsprekend, met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren. Die oplopende sanctienormen doen recht aan de hierboven beschreven logische chronologie van het strafbaar feit en de daarbij behorende uitbreiding van delicten en oplopende sanctienormen naarmate het voltooid delict dichterbij genaderd wordt. Sterker, de Wet herijking strafmaxima introduceert een verschil in sanctienormen voor de samenspanning en de voorbereiding dat daarvoor niet bestond maar dat naadloos bij die chronologie past.

### **Inconsistentie sanctienormen art. 46 lid 3 Sr en art. 96 lid 2 Sr**

Tegenover het voorgaande staat evenwel dat de inwerkingtreding van de Wet herijking strafmaxima een inconsistentie in het leven heeft geroepen die zonder nieuwe interventie van de wetgever voor de nodige problemen in de rechtspraak kan zorgen. De Wet herijking strafmaxima heeft niet alleen geen verandering gebracht in de sanctienorm voor de samenspanning van het eerste lid van art. 96 Sr maar heeft ook de sanctienorm van de voorbereiding van het tweede van art. 96 Sr niet gewijzigd. Die voorbereiding wordt aldus nog steeds bedreigd met een gevangenisstraf van tien jaren. En die voorbereiding moet, zoals wij hiervoor zagen, worden toegepast in alle gevallen waarin zowel die voorbereiding als die van art. 46 Sr kan worden toegepast. Dat kan bijvoorbeeld problemen opleveren in het geval een moordaanslag op de koningin wordt voorbereid.

Wanneer de betreffende voorbereidingshandelingen zowel voorbereiding in de zin van art. 46 Sr als voorbereiding in de zin van art. 96 lid 2 Sr oplevert, dient laatstgenoemde bepaling toegepast te worden. Die situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen bij bepaalde misdrijven tegen de veiligheid van de staat van Titel I Tweede Boek WvSr. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de voorbereiding van een moordaanslag op de koningin. Volgens art. 96 lid 2 j° art. 92 Sr kan daarvoor een gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren worden opgelegd.<sup>198</sup> Indien een moord(aanslag) op een willekeurige burger

<sup>196</sup> TK 1950–1951, 2258, nr. 3, p. 13, 14; TK 1951–1952, 2258, nr. 5, p. 33.

<sup>197</sup> Ten tijde van de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht werden overigens niet alle misdrijven waartoe de samenspanning strafbaar werd gesteld, bedreigd met levenslange gevangenisstraf. Het misdrijf van art. 95 Sr kende een sanctienorm van vijftien jaren gevangenisstraf. Door latere wijzigingen is evenwel een systematiek ontstaan waarin samenspanning slechts strafbaar is ten aanzien van misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd en waarin de sanctienorm voor die samenspanning steeds tien jaren gevangenisstraf is. Daarin zou goed kunnen passen dat de samenspanning tot misdrijven die slechts met tijdelijke gevangenisstraf worden bedreigd met de helft van het strafmaximum van het voltooid delict worden bedreigd.

<sup>198</sup> Het misdrijf kan daarnaast niet nog eens als gewoon geweldsmisdrijf worden bestraft, aldus Smidt,

wordt voorbereid, kan volgens art. 289 j° art. 46 lid 3 Sr een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren worden opgelegd.

Juist de voorbereiding van misdrijven waarvoor de strafbaarstelling van voorbereiding reeds lang gelegitimeerd werd geacht voordat de algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen in het Wetboek werd opgenomen, wordt door de Wet herijking strafmaxima dus met een minder hoge straf bedreigd. Dat kan nooit de bedoeling van de wetgever zijn geweest. Voor terroristische misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd geldt hetzelfde nu strafbaarstelling van de voorbereiding van deze categorie terroristische misdrijven (mede) is gebaseerd op art. 96 lid 2 Sr. Dit is uiteraard in het licht van de bedoeling van de WTM (strafverhoging voor terroristische misdrijven) niet uit te leggen.

### **Omvang van het probleem in de WTM en nuancering van de gevolgen**

Het probleem van de inconsistentie van de sanctienormen van art. 46 Sr en art. 96 lid 2 Sr is geen gevolg van de WTM. De strafbaarstellingen van art. 46 Sr en art. 96 lid 2 Sr bestonden immers al voor de WTM in werking trad. De discrepantie zelf is een gevolg van de Wet herijking strafmaxima. De inconsistentie heeft echter wel gevolgen voor de WTM nu de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen als bedoeld in art. 96 lid 2 Sr door de inwerkingtreding van de WTM ten aanzien van veel terroristische misdrijven heeft plaatsgevonden.

In paragraaf 3.3.1.2 zal aan de orde komen dat de strafbaarstelling van samenspanning en voorbereiding in de zin van art. 96 lid 2 Sr in de systematiek van de WTM heeft plaatsgevonden ten aanzien van alle terroristische misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd. Daar zal blijken (en kritiek worden geleverd op het feit) dat deze strafbaarstellingen zich mede uitstrekken tot terroristische misdrijven die slechts met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd indien een strafverzwarend gevolg waarop het opzet van de dader geen betrekking had, intreedt.

Voor die misdrijven geldt het hier geconstateerde gevolg dat de bestraffing van voorbereiding op grond van art. 46 Sr tot een hoger strafmaximum zou leiden niet. De straf die bij toepassing van art. 46 Sr voor het feit zou kunnen worden opgelegd, bedraagt dan immers de helft van de sanctienorm van het voltooide grondfeit omdat de voorbereiding op het onzekere kwalificerende gevolg geen betrekking had. Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op de art. 385b, 415a en 415b Sr. Het grondfeit van art. 385b onderdeel 1° Sr wordt bedreigd met een gevangenisstraf van negen jaren. Die straf kan worden verhoogd tot dertien en een half jaren indien het feit wordt begaan met een terroristisch oogmerk. Bij voorbereiding van dit misdrijf wordt de straf die volgens art. 46 lid 2 Sr opgelegd zou worden (als die bepaling van toepassing was) zes jaren en negen maanden. De straf die dan volgens art. 46 lid 2 Sr zou kunnen worden opgelegd bedraagt dan dus minder dan de sanctienorm van art. 96 lid 2 Sr. In het geval van voorbereiding van het misdrijf van art. 385b onderdeel 1° Sr is volgens art. 415b lid 2 Sr art. 96 lid 2 Sr evenwel van overeenkomstige toepassing. Voor die voorbereiding zal dan dus tien jaren opgelegd kunnen worden. Het probleem van een lagere

---

Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel, o.c., p. 16; in hoofdstuk 6 zal overigens een samenloopregeling worden bepleit waarvoor dit anders is.

sanctienorm speelt dus bij de terroristische misdrijven waarvan het grondfeit wordt bedreigd met levenslange gevangenisstraf.

Ten aanzien van die misdrijven moet dan onderscheiding in twee categorieën plaatsvinden. De eerste categorie betreft dan terroristische misdrijven die ook bij afwezigheid van het terroristisch oogmerk met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd. De tweede categorie betreft misdrijven die bij afwezigheid van het terroristisch oogmerk van het terroristisch oogmerk met vijftien jaren gevangenisstraf worden bedreigd. Ten aanzien van die eerste categorie kan de officier van justitie de inconsistentie mogelijk doorbreken door de voorbereiding anders ten laste te leggen.

Hij zou er immers voor kunnen kiezen om de verdachte te vervolgen voor voorbereiding van het misdrijf zonder terroristisch oogmerk. Ten aanzien van de art. 92-95a en 121 Sr sorteert deze mogelijkheid in ieder geval geen enkel effect omdat de strafbaarstelling van art. 96 lid 2 Sr ook van toepassing is op deze misdrijven indien het terroristisch oogmerk ontbreekt. Voor alle andere terroristische misdrijven ten aanzien waarvan art. 96 lid 2 Sr van toepassing is, vervalt die toepasselijkheid zodra het terroristisch oogmerk ontbreekt. De mogelijkheid om te vervolgen voor voorbereiding van het niet-terroristische misdrijf heeft dan tot gevolg dat de voorbereiding van art. 46 Sr strafbaar is terwijl daarenboven de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk niet behoeft te worden bewezen. Voor terroristische misdrijven die zonder terroristisch oogmerk met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd (zoals moord) leidt deze kunstgreep dus mogelijk tot toepasselijkheid van art. 46 lid 3 Sr en het daarbij behorende strafmaximum.

Dat de rechter deze wijze van ten laste leggen zal accepteren, is overigens niet geheel zeker. Hiervoor werd geconstateerd dat art. 96 lid 2 Sr een systematische specialis is van art. 46 Sr. De toepassing van die specialis is dwingend. Is alleen de generalis ten laste gelegd dan dient ontslag van alle rechtsvervolging te volgen. In algemene zin staat het de officier vrij af te zien van het ten laste leggen van strafverzwarende omstandigheden. Het terroristisch oogmerk is in algemene zin een dergelijke omstandigheid. In algemene zin moet dus worden aangenomen dat het de officier van justitie bij aanwezigheid van het terroristisch oogmerk vrij staat het terroristisch oogmerk buiten de te lastlegging te laten. Omdat de specialis dan niet kan worden toegepast, behoeft zij ook niet te worden toegepast. In die zin bevat de kunstgreep geen specialiteitsprobleem. Het feit dat de officier van justitie deze wijze van ten laste leggen kiest om de toepasselijkheid van de specialis uit te sluiten, zou de rechter er evenwel toe kunnen brengen toch te ontslaan van alle rechtsvervolging.

In ieder geval sorteert deze mogelijkheid geen effect bij misdrijven die zonder terroristisch oogmerk niet met levenslange gevangenisstraf maar met tijdelijke van ten hoogste vijftien jaren (zoals de brandstichting van art. 157 onderdeel 2° Sr) kunnen worden bestraft. Voorbereiding van het niet-terroristische misdrijf in de zin van art. 46 Sr kan dan immers slechts met zeven en een half jaren gevangenisstraf worden bestraft. Dan is een hogere straf (te weten tien jaren gevangenisstraf) mogelijk indien vervolgd wordt voor voorbereiding in de zin van art. 96 lid 2 Sr van het terroristisch misdrijf.

### 3.2.5 Potentiële oplossingen

Waarschijnlijk is deze consequentie van de verhoging van de sanctienorm van art. 46 lid 3 Sr aan de aandacht van de wetgever ontsnapt. Nu, zoals gezegd, voor de strafverhoging van art. 46 lid 3 Sr eigenlijk geen goede argumenten bestaan, had zij (en in haar kielzog die van art. 45 lid 3 Sr) beter achterwege kunnen blijven. Indien de wetgever, om welke obscure reden dan ook, sterk hecht aan de strafverhoging van art. 46 lid 3 Sr ligt het voor de hand de sanctienorm van art. 96 lid 2 Sr in dezelfde zin te verhogen. Dat stuit dan mogelijk op een probleem in verband met de interne consistentie van sanctienormen van art. 96 Sr. Een andere oplossing is het schrappen van art. 96 lid 2 Sr. Die oplossing heeft mogelijk als (nadelige) consequentie dat de strafbaarheid van bepaalde voorbereidingshandelingen verloren gaat.

Hieronder zullen deze potentiële oplossingen en de haken en ogen die eraan zitten worden besproken.

#### 3.2.5.1 Verhoging van de sanctienorm van art. 96 lid 2 Sr

Bij de verhouding tussen de voorbereiding van art. 96 lid 2 Sr en de samenspanning van art. 96 lid 1 Sr doet zich een complicatie voor die er op het eerste gezicht mogelijk op duidt dat de wetgever de straf van art. 96 lid 2 Sr vanuit het perspectief van de interne consistentie van art. 96 Sr terecht niet verhoogd heeft.<sup>199</sup> In het eerste lid van art. 96 Sr wordt de samenspanning tot de misdrijven waartoe de voorbereiding en bevordering van art. 96 lid 2 Sr met een gevangenisstraf van tien jaren bedreigd. De eventuele verhoging van de sanctienorm van art. 96 lid 2 Sr zou dus tot gevolg hebben dat de gedragingen van de verschillende leden van art. 96 Sr niet langer met dezelfde straf bedreigd worden. De vraag is of deze consequentie voor art. 96 Sr aanvaardbaar is.

#### Noodzaak van interne consistentie sanctienormen van art. 96 Sr?

De meeste auteurs zien samenspanning als een bijzondere vorm van voorbereiding naast de vormen die zijn opgesomd in art. 96 lid 2 Sr.<sup>200</sup> Dan ligt het voor de hand om aan beide bepalingen eenzelfde sanctienorm toe te kennen. De hiervoor beschreven logische chronologie behoeft daarenboven niet zonder meer juist te zijn.

Rutgers wijst er, onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis, op dat de voorbereidingshandelingen in de zin van art. 96 lid 2 Sr beschouwd werden als gedragingen die aan de samenspanning vooraf kunnen gaan. De wetgever dacht ten tijde van de strafbaarstelling van art. 96 lid 2 zelfs eerder aan iets dat aan de samenspanning vooraf ging dan aan iets dat daar op volgde.<sup>201</sup> Indien de voorbereiding van het tweede lid van art. 96 Sr voorafgaat aan de samenspanning kan worden volgehouden dat zij helemaal niet dichter bij het voltooid delict ligt dan de samenspanning.

Toch lijkt dat argument mij niet doorslaggevend. Die voorstelling van de wetgever hoeft immers vanzelfsprekend niet te corresponderen met de feitelijke gang van zaken.

<sup>199</sup> Vanuit het perspectief van de consistentie van art. 46 Sr en art. 96 lid 2 Sr kan het verschil in sanctienorm nimmer worden gelegitimeerd.

<sup>200</sup> De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, o.c., 1995, p. 138; De Jong, Knigge, Het materiële strafrecht, o.c., p. 166; R Emmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 100; Noyon, Langemeijer, R Emmelink, o.c., aant. 8 bij art. 46 Sr; De Hullu, Materieel Strafrecht, o.c., p. 403; Rutgers, Strafbearstelling van voorbereidingshandelingen, o.c., p. 115.

<sup>201</sup> Rutgers, Strafbearstelling van voorbereidingshandelingen, o.c., p. 184, 185.

Allereerst behoeft er helemaal geen sprake te zijn van een samenspanning. Dan kan de voorbereiding daar niet aan voorafgaan. Zij zal daar dan evenwel ook niet op volgen. Daarnaast is zeer wel denkbaar dat sommige voorbereidingshandelingen eerst na de totstandkoming van de samenspanning worden verricht. Sterker, een dergelijke volgorde lijkt eerder regel dan uitzondering.<sup>202</sup> Alhoewel de gedragingen van art. 96 lid 2 Sr in de regel (bij wijze van model) dus aan het plegen van het misdrijf voorafgaan is in een enkel geval zelfs goed denkbaar dat zij in de tijd (gedeeltelijk) samenvallen met het plegen van het misdrijf zelf.<sup>203</sup> Ook kunnen zij voorafgaan aan het misdrijf op een wijze die elders in het Wetboek op één lijn wordt gesteld met de bijdrage die bij de feitelijke uitvoering van het misdrijf wordt geleverd.<sup>204</sup>

In al deze gevallen gaat de gedraging van art. 96 lid 2 Sr dus ofwel niet vooraf aan het plegen van het misdrijf ofwel wordt het feit dat de gedraging wel aan het eigenlijke plegen voorafgaat voor de strafwaardigheid niet van belang geacht. De uitbreiding van strafbaarheid van art. 96 lid 2 Sr heeft dan dus minder betrekking op het tijdstip van het leveren van de betreffende bijdrage dan op de betekenis van die bijdrage voor het te plegen misdrijf.<sup>205</sup>

Dat de wetgever zich de voorbereiding vooral voorstelde als een onvolkomen delictvorm die aan de samenspanning voorafging zou mijns inziens goed kunnen worden

<sup>202</sup> De gedraging van onderdeel 1° biedt daarvan een fraai voorbeeld. Door een ander over te halen, gaat men een overeenkomst aan. In die zin kan de betreffende gedraging aan de samenspanning vooraf gaan (indien die samenspanning niet volgt, betreft de strafbaarstelling van art. 96 lid 2 onderdeel 1° Sr materieel een zelfstandige strafbaarstelling van poging tot samenspanning). Denkbaar is evenwel evenzeer dat A en B reeds overeengekomen waren het misdrijf te plegen. Eén van hen benadert vervolgens C voor de feitelijke uitvoering. De samenspanning gaat in dat geval vooraf aan de voorbereiding. De voorbereiding bestaat er dan in dat uitvoering wordt gegeven aan de overeenkomst. De voorbereiding bevindt zich dan dicht op het voltooid delict. Iets soortgelijks geldt voor onderdeel 4°. Deze gedraging zal doorgaans voorafgaan aan de totstandkoming van de overeenkomst in de zin van art. 80 Sr. Noodzakelijk is dat echter niet. Na de totstandkoming van de overeenkomst kan het maken van concrete plannen aan één van de samenspanners zijn opgedragen. Onderdeel 2° laat de mogelijkheid open dat van samenspanning geen sprake is omdat er slechts één dader is die zich zelf gelegenheid, middelen of inlichtingen tot het plegen van het misdrijf tracht te verschaffen.

<sup>203</sup> De gedragingen van de onderdelen 3° tot en met 5° van art. 96 lid 2 Sr kunnen allemaal zeer goed een onderdeel van de uitvoering van het misdrijf zijn. In die zin houdt de toepasselijkheid van art. 96 lid 2 Sr zeker niet op te bestaan wanneer de uitvoering van het misdrijf begint. Dat in een dergelijk geval art. 96 lid 2 Sr niet zal worden toegepast is een gevolg van het feit dat in een dergelijk geval tevens sprake zal zijn van medeplegen van het misdrijf zelf waarvoor een veel zwaardere straf kan worden opgelegd.

<sup>204</sup> De gedraging van onderdeel 2° omvat mede een uitgekleden versie van de medeplichtigheid tot misdrijf (art 48 onderdeel 2° Sr). Medeplichtigheid tot misdrijf gaat aan het plegen van het misdrijf vooraf maar is volgens de wetgever even strafwaardig als de medeplichtigheid bij het misdrijf (art. 48 onderdeel 1° Sr) die gelijktijdig met de uitvoering van het misdrijf plaatsvindt. Onderdeel 1° bevat een zeer ruim geformuleerde variatie op de (poging tot) uitlokking (art. 46a en 47 lid 1 onderdeel 2° Sr). Onder omstandigheden kan ook sprake zijn van doen plegen. Doen plegen en uitlokking worden door de wet met het plegen op één lijn gesteld (art. 47 Sr). Ook voor deze gevallen geldt dat art. 96 lid 2 Sr niet zal worden toegepast indien het misdrijf werkelijk wordt gepleegd of indien een strafbare poging daartoe wordt ondernomen (de poging tot uitlokking kan zelfs worden toegepast indien een strafbare poging uitblijft). Ook hier heeft dat niet te maken met het feit dat de tekst van art. 96 lid 2 Sr zich daartegen zou verzetten doch met het feit dat dan sprake zal zijn van medeplichtigheid, uitlokking of doen plegen dat met een hogere straf wordt bedreigd waardoor de toepasselijkheid van art. 96 lid 2 Sr eindigt.

<sup>205</sup> Voor het medeplegen geldt, juist andersom, dat het feit dat de bijdrage aan het eigenlijke plegen vooraf is gegaan de strafwaardigheid van dat medeplegen niet aantast. Het belang van de bijdrage rechtvaardigt bestraffing als pleger ondanks de temporele afstand.

verklaard uit het feit dat de strafbaarstelling van art. 96 lid 2 Sr niet zo verschrikkelijk veel betekenis had voor het stadium dat volgde op de samenspanning. De voorbereiding van art. 96 lid 2 Sr was immers strafbaar voor dezelfde delicten en werd met dezelfde straf bedreigd als de samenspanning van art. 96 lid 1 Sr. Ten aanzien van de personen die zich reeds schuldig hadden gemaakt aan de samenspanning voegde de strafbaarstelling van voorbereiding voor het stadium dat op die samenspanning volgt niets toe. Zij konden immers reeds met een gevangenisstraf van tien jaren worden bestraft. De strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen zou daarom voor het stadium na de samenspanning slechts betekenis kunnen hebben voor personen die zelf niet bij de samenspanning betrokken zijn geweest.<sup>206</sup> De strafbaarstelling van art. 96 lid 2 Sr had dus vooral betekenis voor gevallen waarin (nog) geen sprake was van samenspanning. Het betreft dan in de eerste plaats het geval dat bepaalde voorbereidingshandelingen aan de samenspanning vooraf zijn gegaan en politie en justitie de totstandkoming van de samenspanning niet af hebben willen wachten. Daarnaast gaat het om gevallen waarin nimmer een samenspanning tot stand zal komen omdat de dader alleen handelt. Die terechte voorstelling van de wetgever laat onverlet dat in de meeste gevallen de voorbereiding in de tijd op de samenspanning zal volgen.

Ook wanneer de voorbereiding aan de samenspanning voorafgaat in de tijd ligt zij naar haar aard dicht bij het voltwoide delict. Zoals in paragraaf 3.3 nog aan de orde zal komen, behelst de samenspanning niet meer dan het maken van een afspraak. Anders gezegd, de gedachten worden omgezet in woorden. Bij de voorbereiding wordt aan de gedachten (en eventueel de woorden) uitvoering gegeven door middel van daden. Dat is een stadium verder, ook als die handelingen in de tijd aan die samenspanning voorafgaan.<sup>207</sup> Dat betekent niet noodzakelijkerwijs dat de samenspanning minder strafwaardig is. De samenspanning heeft naar haar aard een eigen gevaarzettend karakter dat bij de voorbereidingshandelingen niet noodzakelijkerwijs aanwezig is. Die gevaarstelling bestaat erin dat de samenspanner zich jegens een ander of meerdere anderen verbindt tot het plegen van het misdrijf. Op een dergelijke afspraak komt men minder gemakkelijk terug dan op een individueel voornemen.<sup>208</sup>

<sup>206</sup> Het is maar de vraag of het wel mogelijk is om niet betrokken te zijn bij de samenspanning maar wel het misdrijf voor te bereiden. Als iemand die bij de samenspanning niet betrokken was voorbereidingshandelingen moet verrichten, zal hij toch eerst van de gemaakte afspraken op de hoogte moeten worden gesteld. Dat zal op zich zelf al snel samenspanning opleveren.

<sup>207</sup> Toegegeven moet worden dat dit niet altijd even duidelijk is. In een geval waarin de voorbereidingshandeling van art. 96 lid 2 onderdeel 1° Sr aan de samenspanning voorafgaat (en dus feitelijk bestaat in een poging tot samenspanning) én het trachten te bewegen niet het aanbod van een tegenprestatie, (poging tot) misleiding, (poging tot) bedreiging of (poging tot) misbruik van gezag (dan zou immers sprake zijn van een uitlokkingshandeling in de zin van de art. 46a en 47 lid 1 onderdeel 2°Sr) inhoudt, is van een werkelijk handelen geen sprake en blijft de voorbereiding wel degelijk steken in een stadium dat aan de samenspanning voorafgaat. Omdat de sanctienorm moet beantwoorden aan het meest strafwaardige geval dat zich binnen het bereik van de strafbepaling laat denken, behoeft het bestaan van een minder strafwaardig voorbeeld hier niet in de weg te staan aan het oordeel dat de voorbereidingshandeling met een hogere straf bedreigd kan / mag worden dan de samenspanning. Er is wellicht wel sprake van een indicatie dat de strafbepaling van art. 96 lid 2 onderdeel 1° Sr een te groot aantal verschillende handelingen met dezelfde straf bedreigt.

<sup>208</sup> De Waard, *Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen*, o.c. p. 215; Rutgers, *Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen*, o.c., p. 323; Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, o.c., p. 43.

Het voorgaande leidt er mijns inziens toe dat niet zonder meer gezegd kan worden dat de voorbereiding van art. 96 lid 2 Sr noodzakelijkerwijs met dezelfde straf moet worden bedreigd als de samenspanning van art. 96 lid 1 Sr j° art. 80 Sr. Evenmin kan zonder meer volgehouden worden dat zij met een verschillende straf moeten worden bedreigd. Het gaat om twee verschillende onvolkomen delictvormen met hun eigen aard en hun eigen gevaarzettend karakter die niet noodzakelijkerwijs verschillend of hetzelfde behoeven te worden bestraft. Als evenwel voor verschillende sanctienormen voor de samenspanning en de voorbereiding wordt gekozen, dient de sanctienorm voor de voorbereiding wel de hoogste te zijn. Het feit dat bij de voorbereiding reeds handelingen worden verricht die in het teken van het plegen van het misdrijf staan, heeft in een daadgericht strafrecht een relevantie die niet door het enkele maken van een afspraak kan worden overtroffen.

Dat samenspanning een vorm (een specialis) van voorbereiding is, zoals vrij algemeen lijkt te worden aangenomen, acht ik dan ook niet vanzelfsprekend juist. Ik meen dan ook dat Rummelink het bij het rechte eind heeft wanneer hij over de samenspanning zegt dat *gedacht moet worden aan de fase van de voorbereiding zonder dat het echter nog tot echte voorbereidingshandelingen gekomen is*.<sup>209</sup> Het argument van de interne consistentie tussen de verschillende leden van art. 96 Sr kan het verschil in sanctienorm tussen art. 46 lid 3 en art. 96 lid 2 Sr mijns inziens dan ook niet zonder meer dragen.

### Geen specialiteitsverhouding art. 46 Sr en art. 96 lid 1 Sr

Overigens brengt de hiervoor verdedigde stelling dat samenspanning geen voorbereidingshandeling behelst mee dat de specialiteitsverhouding van art. 96 Sr ten opzichte van art. 46 Sr zich beperkt tot het tweede lid van eerstgenoemde bepaling. Dat volgt niet slechts uit de logische chronologie van het strafbaar feit maar dient tevens het belang van een consequente benadering van de onvolkomen delictvormen uit het algemeen deel. Volgens de memorie van toelichting bij het voorstel voor art. 46 Sr dient art. 46 Sr op essentiële punten hetzelfde uitgelegd te worden als art. 45 Sr aangaande de poging.<sup>210</sup> Ten aanzien van de poging geldt dat zij de strafbaarheid van de samenspanning opheft. Zodra immers een poging wordt ondernomen, houdt, althans voor hen die de poging pleegden of daaraan deelnamen, de strafbaarheid van samenspanning op te bestaan.<sup>211</sup> Mijns inziens is er geen grond om voor de voorbereiding van art. 46 Sr een ander uitgangspunt te kiezen.<sup>212</sup> Ook die verdringt dus de samenspanning van art. 80 j° art. 96 lid 1 Sr.

<sup>209</sup> J. Rummelink, Samenspanning, in Ad Personam, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ch. J. Enschedé, Tjeenk Willink, Zwolle, 1981, p. 226.

<sup>210</sup> TK 1990-1991, 22268, nr. 3, p. 12, 13; hetzelfde geldt voor deelneming aan poging en voorbereiding, poging tot en voorbereiding van poging en voorbereiding, vrijwillige terugtrek (gecodeficieerd in art. 46b Sr) en tijd en plaats van de poging en voorbereiding.

<sup>211</sup> N. Keizer (Strafbaarheid van voorbereidingshandelingen, Monografieën Strafrecht, Gouda Quint, Arnhem, 1983, p. 48) stelt dat de strafbaarheid van samenspanning ophoudt te bestaan zodra strafbaarheid wegens poging ontstaat. Op grond van de memorie van toelichting bij art. 46 Sr (TK 1990-1991, 22268, nr. 3, p. 13) geldt voor de voorbereidingshandelingen van art. 46 Sr in beginsel hetzelfde.

<sup>212</sup> De Hoge Raad heeft ten aanzien van de voorbereidingshandelingen van art. 10a Opw bepaald dat strafbaarheid blijft bestaan indien het misdrijf uiteindelijk wordt gepleegd (HR 15 december 1992, NJ 1993, 335). Mijns inziens moet, alhoewel ons hoogste rechtscollege zich in die beslissing expliciet gesteund wist door de kamerstukken bij die bepaling (TK 1982-1983, 17975, nr. 3, p. 13), een dergelijke strafbaarheid worden afgewezen. Dat hangt allereerst samen met de ratio van de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen. Dat is preventie en die is bij voltooiing van het



De hier verdedigde opvatting is niet onomstreden. Onder meer Strijards<sup>213</sup> en NLR<sup>214</sup> merken op dat de samenspanning van art. 80 j° art. 96 lid 1 Sr wel degelijk een specialis van art. 46 Sr is. Indien hun visie juist is, is de omvang van het probleem van de inconsistentie van sanctienormen van de art. 46 en 96 Sr dus nog een stuk groter. Indien de consistentie van sanctienormen van voorbereidingshandelingen zou worden hersteld door de sanctienorm van art. 96 lid 2 Sr te verhogen, dient met betrekking tot de sanctienorm van de samenspanning van het eerste lid dan hetzelfde te gebeuren.

### 3.2.5.2 Kan art. 96 lid 2 Sr worden gemist?

Een andere potentiële oplossing betreft het schrappen van art. 96 lid 2 Sr. Gevolg daarvan zou zijn dat voorbereidingshandelingen die wel binnen de omschrijving van één van de onderdelen van die bepaling vallen maar niet binnen het bereik van art. 46 Sr komen niet langer strafbaar zouden zijn. Hoe nu verhouden de in het tweede lid van art. 96 Sr strafbaar gestelde handelingen zich tot andere strafbaarstellingen?

### Strafbaarstelling voorbereidingshandelingen art. 96 lid 2 Sr uit anderen hoofde

De aanhef van art. 96 lid 2 Sr geeft aan dat het bij de toepassing van de onderdelen van die bepaling moet gaan om handelingen die plaatsvinden met het oogmerk om de in art. 96 lid 1 Sr genoemde misdrijven voor te bereiden of te bevorderen. Voor zover de in de onderdelen omschreven gedragingen geen subjectief bestanddeel bevatten, volgt uit die aanhef dat die gedragingen toch wel opzettelijk zullen zijn gepleegd. Zij moeten immers op die voorbereiding of bevordering gericht zijn. Dan vinden zij dus doelbewust, doelgericht en dus opzettelijk plaats.

Onderdeel 3° omschrijft een voorbereidingshandeling die naadloos lijkt aan te sluiten op art. 46 Sr. Het voorhanden hebben van voorwerpen waarvan men weet dat zij tot het plegen van het misdrijf bestemd zijn, levert voorbereiding in de zin van art. 46 Sr op door het opzettelijk voorhanden hebben van voorwerpen die (kennelijk)<sup>215</sup> bestemd zijn tot het plegen van het misdrijf.

Ook onderdeel 4° lijkt volledig gedekt te worden door art. 46 Sr. Het in gereedheid brengen of onder zich hebben van plannen voor de uitvoering van het misdrijf zal, ongeacht het antwoord op de vraag of deze bestemd zijn om aan anderen te worden medegedeeld, steeds het opzettelijk voorhanden hebben of vervaardigen van informatiedragers<sup>216</sup> behelzen. Hiervoor bleek reeds dat *plannen voor de uitvoering van het misdrijf* geacht kunnen worden *bestemd te zijn tot het begaan van dat misdrijf*.

---

misdrijf niet meer mogelijk. Daarnaast volgen de voorbereiding en het plegen van het misdrijf uit één ongeoorloofd wilsbesluit zodat van een voortgezette handeling in de zin van art. 56 Sr sprake is.

<sup>213</sup> Zie daarover paragraaf 3.3.2.

<sup>214</sup> Noyon, Langemeijer, Rammelink, o.c., aant. 8 bij art. 46 Sr.

<sup>215</sup> Hiervoor kwam aan de orde dat de betekenis die *kennelijk* (nog) heeft niet volledig duidelijk is. Voor zover *kennelijk* in art. 46 lid 1 Sr zorgt voor een discrepantie tussen die bepaling en art. 96 lid 2 Sr is deze opgeheven met de inwerkingtreding van de Wet van 20 november 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven op 1 februari 2007.

<sup>216</sup> Noyon, Langemeijer, Rammelink, o.c., aant. 5 bij art. 46 Sr merkt op dat informatiedragers niet ziet op bijvoorbeeld lege diskettes. Van een informatiedrager in de zin van deze bepaling is eerst sprake indien de diskette informatie bevat. Het opslaan van plannen op een diskette levert dan in

De in de onderdeel 1° van het tweede lid van art. 96 Sr omschreven gedragingen lijken niet volledig uit andere hoofde strafbaar te zijn gesteld. *Trachten een ander te bewegen om het misdrijf te plegen* (onderdeel 1°), zal in veel gevallen als de mislukte uitlokking of poging tot uitlokking van art. 46a Sr gekwalificeerd kunnen worden. Tussen trachten te bewegen en poging te bewegen bestaat geen verschil.<sup>217</sup> Voorwaarde voor de toepasselijkheid van art. 46a Sr is wel dat geprobeerd is de ander over te halen met één van de middelen die in art. 47 lid 1 onder 2° Sr zijn genoemd. Er zal dus sprake moeten zijn van *giften, beloften, misbruik van gezag, geweld, bedreiging, of misleiding of het verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen* waarmee getracht wordt een ander over te halen. Art. 96 lid 2 onderdeel 1° Sr kent deze beperking niet. Volgens die bepaling wordt ieder *trachten te bewegen*, bedreigd met een gevangenisstraf van tien jaren.

In de praktijk zal in de meeste gevallen wel sprake zijn van de aanwending van één van de uitlokkingsmiddelen. Zelfs indien slechts sprake is van het doen van een suggestie (omtrent object, middelen of iets dergelijks) aan iemand waarvan vaststaat dat hij in principe toch reeds een (nog onbestemde) aanslag wil plegen met het doel hem tot het plegen van een bepaald soort aanslag te bewegen, worden toch al inlichtingen gegeven? Indien zelfs daarvan geen sprake is, kan toch bezwaarlijk van een *trachten of poging te bewegen* worden gesproken? De rol van de uitlokker is dan te gering. Het initiatief gaat dan niet langer van hem uit. De dader had kennelijk zelf reeds besloten de betreffende aanslag op de betreffende wijze te plegen. Zowel voor art. 46a Sr als voor art. 96 lid 2 onderdeel 1° Sr is vereist dat het initiatief van de uitlokker uitgaat.<sup>218</sup> Problemen lijken hier dus niet te verwachten. Dit laat evenwel onverlet dat de tekst van de wet de mogelijkheid open laat dat sprake is van een *trachten te bewegen* in de zin van art. 96 lid 2 onder 2° Sr zonder dat de gedraging kan worden aangemerkt als een *poging te bewegen* in de zin van art. 46 Sr. Ook op een ander punt bestaat een kleine discrepantie tussen art. 96 lid 2 onderdeel 1° en art. 46a Sr. Art. 46a Sr, dat spreekt over begaan, betreft de poging tot uitlokking van alle deelnemingsvormen, met uitzondering van de medeplichtigheid.<sup>219</sup> Art. 96 lid 2 onderdeel 2° Sr heeft betrekking op alle deelnemingsvormen met uitzondering van de uitlokking.<sup>220</sup> De verschillen lijken van ondergeschikt belang.

Bij art. 96 lid 2 onderdeel 2° Sr lijken meer problemen te verwachten. Het gaat dan om het *trachten te verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen tot het plegen van het misdrijf*. Slechts voor zover dit trachten te verschaffen tevens een ander trachten te bewegen behelst, zal hier art. 46a Sr kunnen worden toegepast. Dat zal niet vaak het geval zijn. Indien het een *ander trachten te verschaffen* slaagt, kan strafbaarheid bestaan op grond van art. 46 (voorbereiding), art. 47 (medeplegen) of art. 48 (medeplichtigheid) Sr. Indien het zich trachten te verschaffen slaagt, lijkt slechts de voorbereiding van art. 46 Sr in beeld te komen. Dit brengt mee dat het bij zich of een ander trachten te verschaffen, zou moeten gaan om de poging tot voorbereiding, medeplegen of mede-

---

de zin van art. 46 Sr de vervaardiging van een informatiedrager op. Ook plannen die op papier zijn gesteld, zullen in de zin van deze bepaling informatiedragers opleveren.

<sup>217</sup> Art. 46a Sr is zelf de opvolger van art. 134bis Sr dat ook van *trachten te bewegen* sprak. De wetgever heeft op dat punt inhoudelijk geen verandering gewenst, aldus Remmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 418, 420.

<sup>218</sup> Kelk, Studieboek materieel strafrecht, o.c., p. 373; Noyon, Langemeijer, Remmelink, o.c., aant. 5 bij art. 96 Sr.

<sup>219</sup> Noyon, Langemeijer, Remmelink, o.c., aant. 3 bij art. 46a Sr.

<sup>220</sup> Noyon, Langemeijer, Remmelink, o.c., aant. 5 bij art. 96 Sr.

plichtigheid. Vooreerst kan worden opgemerkt dat de poging tot voorbereiding in de zin van art. 46 Sr niet strafbaar is.<sup>221</sup> Het zich zelf trachten te verschaffen blijft, afgezien van art. 96 lid 2 onder 2° Sr, aldus in ieder geval straffeloos. Voor zover het een ander trachten te verschaffen slechts als poging tot voorbereiding kan worden aangemerkt, bestaat uiteraard evenmin strafbaarheid uit andere hoofde dan art. 96 lid 2 onderdeel 2° Sr. Voor strafbaarheid op grond van medeplegen of medeplichtigheid is in ieder geval vereist dat het misdrijf wordt gepleegd of dat daartoe een strafbare poging wordt ondernomen dan wel dat het misdrijf strafbaar wordt voorbereid (accessoriteit).<sup>222</sup> Art. 96 lid 2 Sr beperkt zich niet tot deze situaties. Ook wanneer het trachten te verschaffen van die bepaling verder geen vervolg heeft gekregen, bestaat strafbaarheid op grond van die bepaling.<sup>223</sup> Maar ook indien wel een strafbare voorbereiding, poging of voltooid delict volgt<sup>224</sup>, is zeker niet gezegd dat de strafbaarheid voldoende is verzekerd. Het trachten te verschaffen zou dan een poging tot medeplegen of medeplichtigheid opleveren. De strafbaarheid van poging tot deelneming wordt, afgezien van uitlokking en doen plegen in art. 46a Sr, in het algemeen niet mogelijk geacht, al bestaan daarop uitzonderingen.<sup>225</sup> Besprekingen van de gevallen die hier worden bedoeld, ben ik evenwel niet tegengekomen (noch bij de hoofdregel, noch bij de uitzonderingen). Of de poging tot medeplichtigheid of tot het medeplegen in dit soort gevallen strafbaar is, moet derhalve sterk worden betwijfeld. Afgezien van die twijfel moet worden geconcludeerd dat in ieder geval geen alternatieve strafbaarstelling bestaat in het geval dat de dader zich zelf tracht *gelegenheid, middelen of inlichtingen te verschaffen*, alsmede in het geval dat hij dit voor een ander tracht te doen maar die ander niet tot een strafbare voorbereiding, poging of voltooiing van het delict komt, terwijl art. 96 lid 2 onder 2° Sr wel in strafbaarstelling van die gevallen voorziet.

De strafbaarstelling van onderdeel 5° van het tweede lid van art. 96 Sr bevat geen voorbereidingshandelingen. Het gaat hier om een vorm van bevordering van het delict. Het trachten *te beletten, te belemmeren of te verijdelen* van maatregelen die erop gericht zijn het misdrijf te *voorkomen*, zal in de meeste gevallen medeplegen of medeplichtigheid opleveren. Aangezien voor alle in het tweede lid van art. 96 Sr opgesomde handelingen geldt dat zij moeten zijn begaan met het oogmerk het misdrijf voor te bereiden of te bevorderen, zal de dader in ieder geval opzet op de voltooiing van het misdrijf moeten hebben gehad. Daarbij is welhaast ondenkbaar dat hij niet tevens opzet had op de facilitering ervan. Dan is al snel tenminste sprake van medeplichtigheid bij het misdrijf. Voor zover zelfs sprake is van een bewuste en nauwe samenwerking kan de dader als medepleger worden bestraft. Problematisch is ook hier dat niet duidelijk is of ook de poging tot een dergelijk medeplegen of een dergelijke medeplichtigheid strafbaar is. Die vormen van poging worden wel door het huidige onderdeel 5° van art. 96 lid 2 Sr bestreken.

<sup>221</sup> Zie paragraaf 3.3.2.2.

<sup>222</sup> De Hullu, Materieel Strafrecht, o.c., p. 419.

<sup>223</sup> Noyon, Langemeijer, Remmelink, o.c., aant. 6 bij art. 96 Sr.

<sup>224</sup> Het gaat dan om voorbereiding van, poging tot of het plegen van één van de misdrijven die in het eerste lid van art. 96 Sr worden genoemd of van, tot of van een misdrijf waartoe de samenwerking in een andere strafbepaling strafbaar is gesteld en in welke strafbepaling art. 96 lid 2 Sr van overeenkomstige toepassing is verklaard. Hierbij wordt uiteraard gedoeld op de voorbereiding van art. 46 Sr en niet die van art. 96 lid 2 Sr. Vraag op deze plaats is immers juist of die bepaling niet kan worden gemist.

<sup>225</sup> De Hullu, Materieel Strafrecht, o.c., p. 386; Noyon, Langemeijer, Remmelink, o.c., aant. 2 bij art. 47 Sr.

### **Gevolgen van het schrappen van art. 96 lid 2 Sr**

Op grond van het voorgaande lijkt geen andere conclusie houdbaar dan dat art. 96 lid 2 Sr bij de huidige stand van het recht niet kan worden geschrapt zonder dat bepaalde gedragingen die op grond van die bepaling strafbaar zijn gesteld in de toekomst straffeloos zullen zijn. Dat schrappen ligt dan ook niet direct voor de hand. De meest voor de hand liggende oplossing lijkt dan dus te zijn om de sanctienormen van poging tot en voorbereiding van misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd terug te brengen naar het niveau van voor de inwerkingtreding van de Wet herijking strafmaxima.

Dat laat overigens onverlet dat het aantal strafbare gedragingen dat door het schrappen van art. 96 lid 2 Sr straffeloos zou worden zeker niet groot is. Van sommige van de gedragingen die slechts in art. 96 lid 2 Sr strafbaar zijn gesteld kan men zich daarenboven afvragen of zij niet zo ver van het misdrijf dat voorbereid wordt af staan dat zij eigenlijk beter straffeloos zouden kunnen zijn. Daarbij denk ik met name aan die vormen van voorbereiding die zowel in de tijd als in het handelingsbegrip aan de samenhang spanning voorafgaan. Wanneer de poging een ander te bewegen in de zin van art. 96 lid 2 onder 1° Sr slechts een poging tot samenhang<sup>226</sup> is (en dus niet tevens een poging tot uitlokking als bedoeld in art. 46a Sr) staat de gedraging zo ver van het misdrijf dat wordt voorbereid dat de gevaarzetting die de strafbaarstelling moet rechtvaardigen eigenlijk afwezig geacht moet worden. Ook bij het zich trachten te verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen is sprake van een aaneenschakeling van onvolkomen delictvormen waarvan men zich af kan vragen of daaraan behoefte bestaat.<sup>227</sup>

In het ontwerp voor een nieuw Wetboek van Strafrecht voor de Nederlandse Antillen en Aruba is ervoor gekozen art. 96 lid 2 Sr niet te behouden. De strafbare voorbereidingshandeling wordt in art. 46 Sr adequater omschreven dan in art. 96 lid 2 Sr en lastige samenloopkwesties (en tegenstrijdige sanctienormen) worden aldus ‘opgeruimd’. Mijns inziens verdient deze mogelijkheid ook voor het Nederlandse strafrecht tenminste serieuze overweging.

#### **3.2.5.3 Mogelijke oplossingen**

De consequentie dat de voorbereiding van ‘gewone’ misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd een hoger strafmaximum kent dan de voorbereiding van misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd waarvan de voorbereiding reeds lange tijd strafbaar was in verband met het gevaar dat voor het bestaan en het functioneren van de Nederlandse staat van deze misdrijven uitgaat, is onaanvaardbaar. Slechts door een ingrijpen van de wetgever lijkt deze consequentie ongedaan gemaakt te kunnen worden. Voor de vorm van dat ingrijpen lijken meerdere alternatieven voor handen.

<sup>226</sup> Zie over de (toelaatbaarheid van de) strafbaarheid van poging tot en voorbereiding van samenhang in algemene zin paragraaf 3.3.2.2.

<sup>227</sup> In het feit dat poging tot voorbereiding in de zin van art. 45 j° art. 46 Sr straffeloos is, zou een aanwijzing gelegen kunnen zijn dat aan de strafbaarstelling van poging tot voorbereiding geen behoefte bestaat. De afwezigheid van die behoefte zou voor het schrappen van de strafbaarheid van het zich trachten te verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen kunnen pleiten.

De meest voor de hand liggende en tevens de meest juiste oplossing is het terugbrengen van de sanctienormen van het derde lid van respectievelijk art. 45 en art. 46 Sr. Voor verhoging van die strafmaxima bestond immers geen grond terwijl het hele probleem direct uit die verhoging volgt. Nadeel van deze oplossing is dat zij ten aanzien van de verhouding tussen de sanctienormen voor de voorbereiding en de samenspanning wellicht niet volledig recht doet aan de ideaaltypische chronologie van het strafbaar feit. Dat nadeel behoeft niet doorslaggevend te zijn. Van oudsher werden voorbereiding en samenspanning met dezelfde straf bedreigd. Tussen beide onvolkomen delictvormen bestaat een complexe relatie. Voorbereidingshandelingen kunnen in de tijd immers aan de samenspanning voorafgaan. Een meerderheid der auteurs ziet de samenspanning zelfs als een bijzondere vorm van voorbereiding. De samenspanning heeft als bijzonder gevaarzettend element dat de dader zich jegens (een) ander(en) heeft verbonden, waarop men minder makkelijk terugkomt dan op een individueel voornemen. Alhoewel de voorbereidingshandeling dus ‘dichter’ op het delict zit dan de samenspanning in die zin dat reeds feitelijk handelingen worden verricht om het delict te kunnen plegen, kan niet gezegd worden dat de voorbereiding zonder meer met een hogere straf zou moeten worden bedreigd dan de samenspanning.

Een andere oplossing is het verhogen van de sanctienorm van art. 96 lid 2 Sr tot vijftien jaren. Afhankelijk van het antwoord van de wetgever op de vraag of samenspanning een bijzondere vorm van voorbereiding is, zou dan wel (bij bevestigende beantwoording) of niet (bij, de hier verdedigde, ontkennende beantwoording) tevens de sanctienorm van het eerste lid van art. 96 Sr tot vijftien jaren verhoogd kunnen worden. Deze oplossing brengt vanzelfsprekend mee dat ook strafbaarstellingen van samenspanning en voorbereiding in andere strafbaarstellingen zullen moeten worden aangepast.<sup>228</sup> Nadeel van deze oplossing is dat voor de strafverhoging voor voorbereiding, afgezien van het argument van de logische chronologie van het strafbaar feit (dat niet ijersterk is), geen goede gronden bestaan.

Een derde alternatief is het schrappen van art. 96 lid 2 Sr. Omdat de misdrijven waar art. 96 lid 2 Sr betrekking op heeft allemaal met levenslange gevangenisstraf (en dus meer dan de door art. 46 lid 1 Sr vereiste acht jaren gevangenisstraf) bedreigd worden, zal de voorbereiding van deze misdrijven dan strafbaar zijn op grond van art. 46 Sr en bedreigd worden met een gevangenisstraf van vijftien jaren. Het grote voordeel van deze oplossing is dat zij de duidelijkheid en overzichtelijkheid van het Wetboek het meest bevordert. Gevaar van deze oplossing is dat de strafbaarheid van voorbereidingshandelingen die wel in art. 96 lid 2 Sr maar niet in art. 46 Sr voorkomen verloren gaat. Dat behoeft overigens niet altijd negatief gewaardeerd te worden<sup>229</sup>, men moet er alleen wel op bedacht zijn.

### **3.2.6 De art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW**

In paragraaf 2.4 werd aandacht besteed aan een bijzondere categorie terroristische misdrijven. In de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW is een groot aantal handelingen strafbaar gesteld wanneer zij zijn begaan met een terroristisch

<sup>228</sup> Gewezen kan worden op art. 103 Sr en de verschillende strafbaarstellingen van samenspanning in het Wetboek van Militair Strafrecht.

<sup>229</sup> Op voorhand kan niet zonder meer worden uitgesloten dat de strafbaarstelling van bepaalde voorbereidings- of bevorderingshandelingen niet langer juist wordt geacht.

oogmerk of met het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken.

Hiervoor, in paragraaf 2.4.2.4, werd, in het licht van het terroristisch oogmerk en in overeenstemming met de wetsgeschiedenis van deze bepaling, een uitleg van de delictsomschrijving van deze misdrijven verdedigd die er praktisch op neerkwam dat het nimmer tot een veroordeling kan komen wegens een dergelijk misdrijf begaan met een terroristisch oogmerk. De betekenis van deze strafbepalingen beperkt zich derhalve tot de situaties waarin de gedraging verricht wordt met het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken.

Alhoewel het steeds gaat om gedragingen met betrekking tot gevaarlijke stoffen of voorwerpen (die steeds zelf strafwaardig zijn en die in de meeste gevallen ook zelfstandig strafbaar zijn gesteld) werd in paragraaf 2.4.3.3 opgemerkt dat deze misdrijven primair strafbaarstellingen van voorbereidingshandelingen behelzen. Dat de straf die voor deze voorbereidingshandelingen kan worden opgelegd niet afhankelijk is van het concrete terroristisch misdrijf dat wordt voorbereid doet daaraan niet af. Aan deze constatering werd de consequentie verbonden dat deze misdrijven met tien jaren gevangenisstraf bedreigd zouden moeten worden.

### 3.2.6.1 Specialiteitsverhouding ten opzichte van de art. 46 en 96 lid 2 Sr?

Op deze plaats zal stilgestaan worden bij de verhouding tussen de art. 46 en 96 lid 2 Sr enerzijds en de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW anderzijds. Daarbij zal duidelijk worden waarom de sanctienorm voor deze laatste strafbepalingen vastgesteld zou moeten worden op tien jaren.

Hetgeen in paragraaf 3.2.4 werd vastgesteld over de specialiteitsverhouding van art. 96 lid 2 Sr ten opzichte van art. 46 Sr geldt mijns inziens evenzeer voor de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW. Laatstgenoemde bepalingen behelzen in de kern, als gezegd, immers primair strafbaarstellingen van voorbereidingshandelingen. Deze strafbaarstellingen zijn opgenomen in bijzondere wetten en omschrijven veel nauwkeuriger dan art. 46 Sr de gedragingen en de stoffen waarop die gedragingen betrekking hebben die in die bepalingen strafbaar zijn gesteld. In het licht van wat in de memorie van toelichting bij het voorstel voor art. 46 Sr opmerkt over de specialiteitsverhouding van bijzondere strafbaarstellingen van voorbereiding is er alle aanleiding te veronderstellen dat ook de onderhavige strafbaarstellingen als zodanig zijn aan te merken. Die toelichting spreekt in dat verband van de *voorbereidingshandeling sui generis* (de eigensoortige voorbereidingshandeling) *die het strafrechtelijk schuldverwijt indringender en specifiekere weergeeft*. Het verwijt van de strafbepalingen van de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW is reeds indringender en specifiekere omdat die bepalingen heel precies de voorwerpen en stoffen omschrijven waar de voorbereidingshandeling betrekking op moet hebben.

Tussen art. 96 lid 2 Sr enerzijds en de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW anderzijds bestaat (waarschijnlijk) geen specialiteitsverhouding. Van een logische specialiteit is reeds daarom geen sprake omdat de delictsomschrijvingen van laatstgenoemde bepalingen niet alle bestanddelen van art. 96 lid 2 Sr bevatten. Ook lijkt geen sprake te kunnen zijn van een systematische specialis. Daarvoor eist de Hoge

Raad immers dat de wetgever heeft aangegeven dat een dergelijke verhouding bestaat. Dat heeft de wetgever niet gedaan. Dat zou er niet toe moeten kunnen leiden dat voor beide feiten straf wordt opgelegd. Het gaat in beide gevallen om de voorbereiding van een terroristisch misdrijf. Wanneer dat één en hetzelfde terroristisch misdrijf betreft, zou hier, aan de hand van de uitgangspunten die in hoofdstuk 6 uiteengezet worden, eendaadse samenloop moeten worden aangenomen.

### 3.2.6.2 Toepasselijke strafbepaling en sanctienorm

Wat betekent het voorgaande voor de toepasselijke strafbepaling en de straf die kan worden opgelegd wanneer tegelijkertijd één van de strafbaarstellingen uit de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW en één of meerdere van de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen van de art. 46 en 96 lid 2 Sr van toepassing zijn?

Art. 46 Sr zal in ieder geval niet kunnen worden toegepast wanneer tevens één van de bijzondere bepalingen van toepassing is. Met name de verhouding tussen de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW en art. 96 lid 2 Sr verdient hier dus de aandacht. Die verhouding zal voor de praktijk ook het belangrijkste zijn.

Dat betreft allereerst de misdrijven waarop de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW en art. 96 lid 2 Sr van toepassing kunnen zijn. Art. 96 lid 2 Sr is immers van toepassing op de voorbereiding van de meeste terroristische misdrijven in het algemeen en in het bijzonder op nagenoeg alle terroristische misdrijven die voorbereid kunnen worden door de gedragingen van de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW.<sup>230</sup> Alhoewel in theorie wellicht denkbaar is dat een terroristisch misdrijf dat door één van deze gedragingen wordt voorbereid zonder dat art. 96 lid 2 Sr daarop van toepassing is, lijkt dat praktisch nauwelijks voorstelbaar.<sup>231</sup>

Daarnaast betreft het ook de gedragingen. Omdat art. 96 lid 2 een groot aantal voorbereidingshandelingen zeer ruim omschrijft is art. 96 lid 2 Sr bijna steeds van toepassing wanneer de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW kunnen worden toegepast. Dit geldt evenwel niet altijd en nu zijn de gevallen die het betreft niet slechts denkbeeldig. Zo bepaalt art. 79 KEW:

Degene die(...) b. een inrichting waarin kernenergie kan worden vrijgemaakt, splijtstoffen kunnen worden vervaardigd, bewerkt of verwerkt, dan wel splijtstoffen worden

<sup>230</sup> Dat geldt zelfs voor een delict als zware mishandeling (art. 302 Sr). Voorbereiding van zware mishandeling zonder voorbedachten rade is immers niet bestaanbaar. Voorbereiding van zware mishandeling zal dus per definitie voorbereiding van zware mishandeling met voorbedachten rade betekenen (art. 303 Sr). Art. 304b lid 2 Sr bepaalt dat art. 96 lid 2 Sr van overeenkomstige toepassing is op zware mishandeling met voorbedachten rade met een terroristisch oogmerk.

<sup>231</sup> Het moet dan gaan om één van de misdrijven van de art. 109, 110, 116, 117a en 117b Sr (feitelijke aanranding van (de echtgenoot of vermoedelijke opvolger van) de koning of van de regent of van een internationaal beschermd persoon die niet als tenminste zware mishandeling kan worden gekwalificeerd en vernieling van de beschermde goederen van een internationaal beschermd persoon), de art. 159 en 160 Sr (verhindering van het blussen van brand of het herstel van dijken) de art. 161, onderdeel 1°, 161bis, onderdelen 1° en 2°, 162sexies, onderdelen 1° en 2°, en 162a Sr (allerhande gemeengevaarlijke misdrijven waarvan, met uitzondering van art. 162a (vernietiging van een stilstaand luchtvaartuig of voorzieningen op een luchthaven waarvan gevaar voor de luchtvaart te duchten is), slechts geringe gevaren (zoals gemeen gevaar voor goederen) te duchten is en art. 385c Sr (het doorgeven van valse vluchtgegevens)).

opgeslagen, opricht, in werking brengt, in werking houdt of wijzigt (...) met het oogmerk om een terroristisch misdrijf als bedoeld in artikel 83 van dat wetboek voor te bereiden of gemakkelijk te maken, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren of geldboete van de vijfde categorie.

Dit voorbeeld is ongelukkig in die zin dat het voor art. 79 KEW niet uitmaakt of art. 96 lid 2 Sr wel of niet toepasselijk is op de betreffende voorbereidingshandeling. Art. 79 KEW kent een sanctienorm van vijftien jaren. Indien art. 96 lid 2 Sr niet maar art. 79 KEW wel kan worden toegepast zal gewoon de straf van art. 79 KEW kunnen worden opgelegd. Dat heeft dus geen consequenties voor het toepasselijke strafmaximum. De keuze voor het voorbeeld is ingegeven door het feit dat de andere bepalingen geen (althans niet zulke duidelijke)voorbeelden leveren van gedragingen waarvan zo duidelijk is dat art. 96 lid 2 Sr daarop niet (zonder meer) kan worden toegepast. De afwijkende sanctienorm behoeft de bruikbaarheid van het voorbeeld echter helemaal niet aan te tasten. In paragraaf 2.4.3.2 werd immers reeds gesteld dat geen goede gronden bestaan voor het afwijkende strafmaximum van art. 79 KEW ten opzichte van dat van de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED en 33b WECG. Die bepalingen kennen een sanctienorm van acht jaren gevangenisstraf.

Een sanctienorm van acht jaren voor art. 79 KEW zou evenwel meebrengen dat gedragingen zoals die van art. 79 KEW onder b (en onder c)<sup>232</sup> met een minder hoge straf zouden worden bedreigd dan de gedragingen (zoals die onder a)<sup>233</sup> die wel per definitie binnen het bereik van art. 96 lid 2 Sr komen. Die laatste gedragingen zullen immers steeds volgens art. 96 lid 2 Sr met tien jaren gevangenisstraf kunnen worden bestraft.

Door de verschillende gedragingen van art. 79 KEW in die bepaling met dezelfde straf te bedreigen, heeft de wetgever aangegeven die gedragingen in abstracto van gelijke ernst te achten. Als de ene gedraging dan steeds door de toepasselijkheid van art. 96 lid 2 Sr met tien jaren gevangenisstraf wordt bestraft en de andere (in de regel) met acht jaren komt die gelijke ernst niet langer in de sanctienorm tot uitdrukking. Nu de wetgever niet heeft aangegeven deze consequentie te willen aanvaarden, lijkt het geraden de sanctienorm van de art. 55 lid 5 WWM, 6 lid 4 WED, 33b WECG en 79 KEW te bepalen op tien jaren gevangenisstraf.

### 3.2.7 Afsluiting

De strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen breidt zich gestaag uit. In de twintigerjaren van de twintigste eeuw werd de voorbereiding van bepaalde misdrijven die het functioneren of voortbestaan van de staat (kunnen) bedreigen strafbaar gesteld in art. 96 lid 2 Sr. In de tachtigerjaren kwam daar de strafbaarstelling van voorbereiding van bepaalde delicten uit de Opiumwet bij in art. 10a Opw. In de negentigerjaren werd een zeer sterke uitbreiding gegeven aan het aantal gevallen van strafbare voorbereiding door de introductie van een algemene strafbaarstelling in art. 46 Sr. Het bereik

<sup>232</sup> Dat onderdeel luidt: *een uitrusting, geschikt om een vaartuig of een ander vervoermiddel door middel van kernenergie voort te bewegen, daarin aanbrengt of aangebracht houdt, dan wel zodanige daarin aangebrachte uitrusting in werking brengt, in werking houdt of wijzigt*. Ook deze gedraging kan worden verricht zonder dat zij onder art. 96 lid 2 Sr kan worden gerubriceerd.

<sup>233</sup> Dat onderdeel luidt: *splijtstoffen of ertsen vervoert, voorhanden heeft, toepast, binnen of buiten Nederlands grondgebied brengt of doet brengen, ter beschikking stelt dan wel zich deze verschafft of zich daarvan ontdoet*.



van die bepaling is sinds de eeuwwisseling nog eens twee keer (beperkt) uitgebreid. Met de inwerkingtreding van de WTM in 2004 is het bereik van de strafbaarstelling van art. 96 lid 2 Sr sterk uitgebreid door die bepaling toepasselijk te verklaren op een groot aantal terroristische misdrijven.

De voorbereiding in de zin van art. 96 lid 2 Sr van alle terroristische misdrijven (met uitzondering van art. 140a lid 2 Sr en art. 162a j° art. 176a Sr) die met levenslang worden bedreigd is door de inwerkingtreding van de WTM strafbaar gesteld. In geval een dergelijk misdrijf wordt voorbereid op een wijze die zowel beantwoordt aan de omschrijving van art. 46 Sr als aan die van art. 96 lid 2 Sr zal laatstgenoemde bepaling dus moeten worden toegepast. In die gevallen kan het probleem zich voordoen dat een lagere sanctienorm geldt dan wanneer de dader zou kunnen worden bestraft voor de voorbereiding van een niet-terroristisch misdrijf dat met levenslange gevangenisstraf wordt bedreigd. Voor de voorbereiding van terroristische misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd, kan in dergelijke gevallen een gevangenisstraf van tien jaren worden opgelegd terwijl op de voorbereiding van niet-terroristische misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd een gevangenisstraf van vijftien jaren is gesteld.

In paragraaf 3.2.5.2 kwam aan de orde dat art. 96 lid 2 Sr een uitbreiding van strafbaarheid inhoudt ten opzichte van de voorbereiding van art. 46 Sr en de poging tot uitlokking van art. 46a Sr. In het onderhavige hoofdstuk komt met name belang toe aan het antwoord op de vraag in hoeverre met de inwerkingtreding van de WTM uitbreiding is gegeven aan de strafbaarheid van terroristische misdrijven en hoe die uitbreiding moet worden gewaardeerd. De vraag naar de feitelijke uitbreiding is in paragraaf 3.2.5.2 beantwoord. De waardering van die uitbreiding zal direct hieronder in paragraaf 3.3 over de strafbaarheid van samenspanning plaatsvinden. De kritiek die op die plaats zal worden geleverd op de wijze waarop met de WTM strafbaarstelling van samenspanning heeft plaatsgevonden, geldt ook voor de wijze waarop met de WTM strafbaarstelling van voorbereiding heeft plaatsgevonden.

In verband met de uitbreiding van het aantal gevallen van strafbaarheid van voorbereiding in de zin van art. 96 lid 2 Sr moet op deze plaats worden opgemerkt dat art. 46 Sr geen onomstreden bepaling is en dat aan het bereik van die bepaling de afgelopen jaren (zij het zeer beperkt) nog eens uitbreiding is gegeven. Vooruitlopend op hetgeen hieronder wordt gezegd over de strafbaarstelling van samenspanning kan op deze plaats worden opgemerkt dat de verdere uitbreiding van strafbaarheid van terroristische misdrijven door de strafbaarheid van de voorbereidingshandeling van art. 96 lid 2 Sr te ruimhartig heeft plaatsgevonden. Dat die strafbaarheid beperkt blijft tot de uitzonderlijke gevallen waarvoor zij kan worden gerechtvaardigd, is onvoldoende verzekerd. Daarenboven kan op grond van het onderstaande worden aangenomen dat de minister zich niet verzet tegen de strafbaarheid van voorbereiding van en poging tot de voorbereiding van art. 96 lid 2 Sr en dat hij van mening is dat voor de voorbereiding van art. 96 lid 2 Sr geen behoefte bestaat aan de straffeloosheid bij vrijwillige terugtred of inkeer van de voorbereider. Op de gronden die hieronder worden genoemd ten aanzien van de samenspanning kan ik hem daarin niet volgen.

### 3.3 Samenspanning

Samenspanning bestaat volgens art. 80 Sr zodra twee of meer personen overeengekomen zijn om het misdrijf te plegen. De overeenkomst behoeft niet in te houden dat het misdrijf door alle samenspanners wordt gepleegd. Voldoende is dat overeengekomen wordt dat een of meer van hen ter uitvoering van die overeenkomst het misdrijf plegen.<sup>234</sup>

Over de vereiste concreetheid van de gemaakte afspraken bestaat verschil van mening. Er zal, al was het alleen maar om vast te stellen dat de samenspanning tot het betreffende misdrijf strafbaar is, voldoende zekerheid moeten bestaan over welk concreet misdrijf gepleegd gaat worden. Tevens moet er een concrete voorstelling bestaan over de plaats waar en het tijdstip waarop (of de periode waarbinnen) het misdrijf gepleegd zal worden. Dat betekent niet dat een concreet plan of een concrete voorstelling moet bestaan over hoe men het gewenste doel wil bereiken. Evenmin lijkt vereist te zijn dat de persoon van het slachtoffer ten tijde van de samenspanning vaststaat.<sup>235</sup> Strengere voorwaarden met betrekking tot tijdstip, wijze van uitvoering en persoon van het slachtoffer zijn ook wel verdedigd.<sup>236</sup>

In paragraaf 3.6 zal, mede naar aanleiding van de in de komende paragrafen nog te constateren bezwaren tegen de wijze waarop de strafbaarstelling van samenspanning in de WTM heeft plaatsgevonden, een beperkte uitleg worden voorgestaan.

De strafbaarstellingen van samenspanning die voor de inwerkingtreding van de WTM bestonden hadden allemaal betrekking op het voortbestaan en functioneren (van fundamentele organen) van de staat. Het gaat om bescherming van de inwendige (aanslag op de koning en geweld tegen de ministerraad en het parlement) en uitwendige (hulp aan de vijand) bescherming van de staat.<sup>237</sup> Ook de samenspanning in het Wetboek van Militair Strafrecht is beperkt tot misdrijven die de staatsveiligheid in gevaar brengen.<sup>238</sup> Alleen immers waar zodanig gewichtige belangen in het gedrang komen werd de uitzondering op de eis dat strafrechtelijk daderschap ontstaat met een gewilde spierbeweging aanvaardbaar geacht.<sup>239</sup>

#### 3.3.1 De noodzaak tot uitbreiding

Bij tweede nota van wijziging<sup>240</sup> presenteert de minister als donderslag bij heldere hemel het voorstel voor een groot aantal nieuwe gevallen van strafbare samenspanning. De verrassing is gelegen in het feit dat het Kaderbesluit op geen enkele wijze tot deze strafbaarstellingen verplicht, het oorspronkelijke ontwerp met geen woord van samenspanning rept en de strafbare samenspanning een zeldzame figuur in ons strafrecht is die slechts beperkt<sup>241</sup> wezenlijke uitbreiding heeft ondergaan sinds de inwerkingtreding van het Wetboek in 1886, terwijl over de nota van wijziging geen advies bij de Raad van State is ingewonnen. Aan de zeven gevallen in het Wetboek van Strafrecht<sup>242</sup>, het

<sup>234</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c., aant. 3 bij art. 80 Sr.

<sup>235</sup> Rummelink, Samenspanning, o.c., p. 230, 231.

<sup>236</sup> Rutgers, Strafbare handelingen van voorbereidingshandelingen, o.c., p. 128.

<sup>237</sup> Mols, Strafbare samenspanning, o.c., p. 75.

<sup>238</sup> TK 1985-1986, 16813 (R 1165), nr. 8 p. 27.

<sup>239</sup> Mols, Strafbare samenspanning, o.c., p. 87.

<sup>240</sup> TK 2002-2003, 28463, nr. 8.

<sup>241</sup> Zie daarover hoofdstuk 5.

<sup>242</sup> Zie daartoe de artikelen 96, 103, 122 Sr. Art. 135 Sr tel ik niet mee omdat dat geen samenspanning, maar het verzuim aangifte te doen van het bestaan van een samenspanning strafbaar stelt. Art. 285a lid 2 Sr, waar het overigens niet gaat om de veiligheid van de staat, telt niet mee omdat

ene geval in de Wet internationale misdrijven (WIM)<sup>243</sup> en de dertien<sup>244</sup> gevallen in het Wetboek van Militair Strafrecht (WMS)<sup>245</sup> van strafbare samenspanning voegt de minister er met zijn nota vierentwintig toe. Het gaat, bij wijze van uitgangspunt<sup>246</sup>, om strafbaarstelling van alle terroristische misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd. Hier wordt dus werkelijk een temporele uitbreiding aan de strafbaarheid van terroristische misdrijven gegeven.

### 3.3.1.1 Motivering van de uitbreiding

De minister blijkt zich bewust van het feit dat samenspanning een verregaande vorm van strafrechtelijk daderschap betreft waarvan de strafbaarheid van oudsher gereserveerd is voor een beperkt aantal ernstige misdrijven.

In de toelichting bij het voorstel merkt hij op dat het Nederlandse strafrecht zeer terughoudend is met de strafbaarstelling van samenspanning. Zij is gereserveerd voor de ernstigste misdrijven tegen de veiligheid van de staat en de ernstigste misdrijven betreffende de uitoefening van staatsplichten en staatsrechten. Voor de uitbreiding van deze figuur naar terroristische misdrijven ziet de minister drie redenen. Ten eerste behoren ernstige terroristische misdrijven tot de ernstigste misdrijven. Net als de misdrijven waartoe de samenspanning reeds strafbaar was, bedreigen deze misdrijven staat en samenleving en de democratische staatsinrichting in ernstige mate. Ten tweede ziet de minister hier een mogelijk hiaat. Hiervoor werd opgemerkt dat het opvullen van mogelijke hiaten een centrale notie is in de WTM. De samenspanning zou een nuttige functie kunnen vervullen in gevallen waarin het bestaan van een terroristische organisatie niet kan worden bewezen, terwijl nog geen voorbereidingshandelingen zijn verricht. De derde reden is volgens de minister de internationale context waarbinnen terrorisme en de bestrijding daarvan moeten worden beschouwd. Nu de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk *conspiracy* als centraal element in hun materiële strafrecht hebben opgenomen en de Nederlandse tegenhanger daarvan de samenspanning is, wordt de wederzijdse rechtshulp bij de bestrijding van terrorisme gediend bij de strafbaarstelling van de samenspanning tot terroristische misdrijven.<sup>247</sup>

### 3.3.1.2 Waardering van de motivering

Hieronder zullen de drie redenen waaruit de noodzaak tot uitbreiding van het aantal gevallen van strafbare samenspanning volgens de minister één voor één op hun houdbaarheid worden beoordeeld.

#### De eerste reden

De minister merkt op dat zijn voorstel om samenspanning tot de ernstigste terroristische misdrijven strafbaar te stellen juist aansluit bij de wettelijke systematiek waarbinnen strafbare samenspanning is beperkt tot de ernstigste misdrijven tegen de veiligheid

---

die bepaling geen strafbaarstelling maar een strafverhoging bevat.

<sup>243</sup> Wet van 19 juni 2003, Art. 3 lid 2.

<sup>244</sup> Afhankelijk van de wijze van telling. Door verschillende varianten van hetzelfde misdrijf onder één noemer te brengen (bijv. desertie) kan men volhouden dat het om 10 misdrijven gaat.

<sup>245</sup> Wet van 27 april 1903, Stb. 1903, 111; volledig herzien bij wet van 14 juni 1990, Stb. 1990, 368. Art. 77 lid 2, 90 lid 1, 103 lid 1, 121 lid 1 en 129 lid 1.

<sup>246</sup> Hieronder zal nog blijken dat dit uitgangspunt in verschillende opzichten niet helemaal consequent geëerbiedigd is.

<sup>247</sup> TK 2002-2003, 28463, nr. 8, p. 4, 5.

van de staat en de ernstigste misdrijven betreffende de uitoefening van staatsplichten en staatsrechten.<sup>248</sup>

De minister lijkt met zijn motivering te miskennen dat terrorisme niet een nieuw buiten de strafwet staand fenomeen is. Alsof het moderne terrorisme bestaat in allerlei gedragingen die de wetgevers van het verleden niet hebben (kunnen) voorzien, maar die wel het voortbestaan van de Nederlandse staat en samenleving in gevaar kunnen brengen. Zo is het dus niet. Terroristen bedienen zich van gewone strafbare feiten. Juist daarom konden het kaderbesluit en de WTM aansluiten bij bestaande misdrijven. Terroristische misdrijven zijn in de eerste plaats misdrijven die al lang strafbaar zijn. Om deze te kunnen bestraffen was geen wetswijziging nodig. Dat de staat nu opeens bedreigd wordt door allerlei gevaren die hiervoor wel als misdrijf werden beschouwd maar niet als staatsgevaarlijk is dan ook niet waarschijnlijk. In hoofdstuk 5 zal dit nog uitgebreider aan de orde komen.

Iets is niet zo snel gevaarlijk voor het voortbestaan van de staat. Toch valt een voorbeeld wellicht te bedenken. De gebeurtenissen van 11 september 2001 bieden de nodige inspiratie. De twee vliegtuigen die het WTC in de as legden, hebben op geen enkel moment het bestaan of functioneren van de Verenigde Staten bedreigd. Hoe verschrikkelijk deze aanslagen ook geweest mogen zijn, staatsgevaarlijk waren zij niet. Samenspanning tot een dergelijke aanslag mag strafwaardig zijn, de stelling dat strafbaarstelling ervan aansluit bij een wettelijk systeem dat slechts de samenspanning tot staatsgevaarlijke misdrijven strafbaar stelt is onjuist. Anders ligt het wellicht voor het toestel dat op weg was naar het Witte Huis en het toestel dat het Pentagon trof. Als het de bedoeling was dat de president zich in het Witte Huis bevond en dat hij zou komen te overlijden, zou de Nederlandse strafwet geen aanvulling behoeven om samenspanning tot een soortgelijke daad in Nederland<sup>249</sup> binnen zijn bereik te brengen. Het probleem zou kunnen zitten in de situatie dat geen sprake is van een aanslag op de president en de minister van defensie, maar wel op al hun gebouwen en personeel. Met name ook het feit dat beide aanslagen rond hetzelfde tijdstip gepland waren en deel uitmaakten van hetzelfde plan maakt dat hier het functioneren van de staat bedreigd kan worden, zonder dat ons Wetboek van Strafrecht dat als een misdrijf tegen de veiligheid van de staat of een misdrijf betreffende de uitoefening van staatsplichten en staatsrechten beschouwt. In die zin zou een verruiming van het aantal gevallen van strafbare samenspanning inderdaad aangewezen kunnen zijn. De minister lijkt daarin doorgeschoten.

Ook hier doet zich de royale implementatie van het kaderbesluit gevoelen.<sup>250</sup> Als in de definitie van terroristisch misdrijf (net als in het Kaderbesluit) geëist werd dat de daden gezien hun aard of context een land ernstig kunnen schaden, zou het bereik van de samenspanningregeling een stuk beperkter zijn geweest. Een zekere verruiming zou dat waarschijnlijk wel meebrengen (bijvoorbeeld de vliegtuigen in het WTC: alhoewel het voortbestaan en het functioneren van de staat niet worden bedreigd, gaat het zeker om gedragingen die een land ernstig schaden). In ieder geval zou verzekerd zijn dat de

<sup>248</sup> TK 2003–2004, 28463, nr. 10, p. 2.

<sup>249</sup> Maar dan gericht tegen onze koningin (art. 92 j° art. 96 lid 1 Sr).

<sup>250</sup> De strafbaarstellingen van samenspanning tot terroristisch misdrijf zijn zelf ook exponent van die royale implementatie.

strafbaarstelling van samenspanning beperkt blijft tot daden die door de gehele samenleving als schokkend, bedreigend en beangstigend worden ervaren. Opnieuw lijkt het ontbreken van een objectief equivalent van het terroristisch oogmerk de werking van de WTM dus negatief te beïnvloeden.<sup>251</sup>

De minister legt de nadruk op het feit dat de strafbaarstelling van samenspanning beperkt blijft tot de ernstigste terroristische misdrijven. Overtuigen kan hij niet.

Allereerst valt op dat de minister met ‘de ernstigste terroristische misdrijven’ hier expliciet geen aansluiting zoekt bij de categorie terroristische misdrijven die door de memorie van toelichting als ‘de ernstigste terroristische misdrijven’ werden gekwalificeerd. Die categorie bestaat, zoals bleek in paragraaf 2.1.1.1, uit terroristische misdrijven die, mits voltooid, ook bij afwezigheid van het terroristisch oogmerk met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd. De ‘ernstigste terroristische misdrijven’ waar de minister in het verband van de strafbaarstelling van samenspanning tot terroristisch misdrijf op doelt, omvatten ook misdrijven die slechts bij aanwezigheid van het terroristisch oogmerk met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd. Die categorie is dus een stuk ruimer. Voor deze verruiming van het begrip ‘ernstigste terroristische misdrijven’ wordt geen enkele rechtvaardiging gegeven.

Het gaat dus om alle terroristische misdrijven waarvoor een levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd.<sup>252</sup> Op zich zelf kan deze beperking de gemaakte keuze niet dragen. Dit klemmt te meer omdat ook delicten die slechts bij het intreden van een niet beoogd gevolg met levenslang worden bedreigd zijn meegenomen. Op dat gevolg had de samenspanning geen betrekking. Maar juist omdat het strafverzwarende gevolg geen plaats heeft in de samenspanning die slechts ziet op de grondvorm, acht de minister de strafbaarstelling van samenspanning tot die grondvorm gerechtvaardigd.<sup>253</sup> Dit geldt dus ook, of wellicht juist, indien niet duidelijk is of het strafverzwarende gevolg ingetreden zou zijn wanneer het misdrijf was gepleegd.

Al sinds jaar en dag kent ons Wetboek van Strafrecht tal van ernstige misdrijven waarop hoge straffen zijn gesteld (waaronder levenslange gevangenisstraf) waartoe straffeloos samengespannen kan worden. Wie samenspannt tot moord (289 Sr), verkrachting (242 Sr), ontvoering voor losgeld (282a Sr) of zelfs misdrijven tegen de menselijkheid (4

<sup>251</sup> Nu kan men hiertegen inbrengen dat ook voor de misdrijven van de art. 92 tot en met 94 Sr de aanwezigheid van een bepaald oogmerk volstaat zonder dat een objectief equivalent van het oogmerk geëist wordt. En ook bij die misdrijven is de gedraging waar de delictsomschrijving op ziet niet noodzakelijkerwijs een ernstig (gewelds)misdrijf. Op zichzelf zijn die tegenwerpingen correct. Die correctheid doet aan de kritiek evenwel niet af. Iets is niet minder onjuist als een soortgelijke onjuistheid ook ten aanzien van iets anders geldt. Wellicht is dat andere dan gewoon tevens onjuist. Daarenboven zijn de in de art. 92 tot en met 94 Sr bedoelde oogmerken een stuk beperkter en duidelijker omschreven dan het terroristisch oogmerk, zien zij ook duidelijker op gevolgen die inderdaad het functioneren of voortbestaan van de staat raken en zijn zij veel beperkter in getal.

<sup>252</sup> Uitgezonderd is de deelneming aan een terroristische organisatie door oprichters, bestuurders en leidinggevers. Dat is terecht. Een dergelijke samenspanning zou erg ver van de eigenlijke terroristische aanslag afstaan. Overigens is niet duidelijk dat deze uitzondering het gevolg is van een principiële keuze. De strafverhoging tot levenslang is veel later bij amendement toegevoegd (TK 2003-2004, 28463, nr. 21). Eigenlijk wilde de minister deze strafverhoging ook niet (Hand. TK 2003-2004, nr. 33, p. 2343).

<sup>253</sup> TK 2002-2003, 28463, nr. 8, p. 6.

WIM) heeft, zolang het bij die samenspanning blijft, van politie en justitie niets te vrezen. Wie echter met een ander afsprekt een pelsfokker met een honkbalknuppel een lesje te leren in de hoop dat hij en zijn collega's zich wellicht door angst gedwongen voelen een andere nering te gaan drijven, begaat een terroristisch misdrijf. Het enkele maken van die afspraak wordt bedreigd met een gevangenisstraf van tien jaar (304b Sr). Men moet zich hier toch afvragen of niet te gemakkelijk is gekozen voor een strafbaarstelling die volledig is opgehangen aan een bepaald (verondersteld) risico in plaats van aan werkelijke schade. In paragraaf 1.4.3 kwam aan de orde dat in het Nederlandse strafrecht voor dergelijke strafbaarstellingen slechts zeer beperkt plaats is.

In een enkel geval gaat de wetgever zelfs nog een stapje verder door samenspanning tot delicten waarvoor helemaal geen levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd strafbaar te stellen. Het betreft dan bepaalde strafbaarstellingen uit de opsommingen van de art. 120b en 176b Sr en art. 80 lid 3 KEW. Uitgebreidere bespreking van verschillende van deze bepalingen zal hieronder plaatsvinden in de paragrafen die op de delicten waarop de samenspanning betrekking heeft, zien.<sup>254</sup> Op deze plaats kan worden volstaan met de opmerking dat de strafbaarheid van die vormen van samenspanning eerder het gevolg lijkt van onzorgvuldigheid dan van een principiële afwijking van het systeem dat strafbaarheid van samenspanning in de WTM bepaald blijft tot terroristische misdrijven waarvoor (in ruime zin) levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd.

Een redelijker uitgangspunt dan dat waar de minister voor gekozen heeft, lijkt te zijn dat voor de strafbaarstelling van de samenspanning tot terroristisch misdrijf aan drie cumulatieve eisen moet worden voldaan. Allereerst betreft dat de eis dat het misdrijf door zijn aard of context een land of internationale organisatie ernstig kan schaden.<sup>255</sup> Het betreft dan dus de objectieve voorwaarde uit het Kaderbesluit. Ten tweede zou, om de strafbaarheid van samenspanning werkelijk voor de ernstigste terroristische misdrijven te reserveren, vereist moeten zijn dat het betreffende misdrijf ook zonder aanwezigheid van het terroristisch oogmerk reeds met levenslange gevangenisstraf wordt bedreigd.<sup>256</sup> Ten slotte zou die sanctienorm niet afhankelijk mogen zijn van delictsbestanddelen waarop de samenspanning geen betrekking had zoals kwalificerende gevolgen die aan ieder schuldbestanddeel onttrokken zijn.<sup>257</sup> Met de laatste twee eisen zou-

<sup>254</sup> Zie daarover de paragrafen 3.5.3, 4.5.1.2 en 5.4.3.2.

<sup>255</sup> Deze eis zou dan in concreto moeten gelden door opneming als bestanddeel in de delictomschrijving van de strafbepaling waarin de betreffende samenspanning strafbaar wordt gesteld. De overige twee eisen zijn eisen die in abstracto dienen te worden gesteld aan de strafbaarstelling van het misdrijf waartoe de samenspanning strafbaar is.

<sup>256</sup> Gegeven de verhoging van de maximale duur van de tijdelijke gevangenisstraf van twintig naar dertig jaren bij de Wet herijking strafmaxima zijn dit eigenlijk de enige terroristische misdrijven die terecht met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd. Uitgebreider hierover paragraaf 2.1.2.2.

<sup>257</sup> Omdat het bij dit criterium gaat om een eis die in abstracto geldt, zal ook indien de samenspanning in een concreet geval wel op het betreffende gevolg betrekking had geen sprake kunnen zijn van strafbare samenspanning. De beperking die dat meebrengt is overigens meer principieel van aard dan dat zij, naast de tweede eis (b), veel praktische beperkingen meebrengt. Het betreffende gevolg zal, gegeven de eis dat het feit reeds zonder terroristisch oogmerk met levenslange gevangenisstraf moet zijn bedreigd, evenwel steeds *de dood* betreffen (bij de misdrijven die zonder dit gevolg met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd (zie bijvoorbeeld de art. 91 tot en met 95a Sr) is geen sprake van gevolgen die aan alle schuldbestanddelen zijn onttrokken). Wanneer in een concreet geval de samenspanning (tevens) ziet op de dood van een ander (of van meerdere anderen) is sprake van een terroristische moord (samenspanning brengt immers per definitie mee

den de strafbaarstellingen van samenspanning tot terroristisch misdrijf beperkt zijn gebleven tot ‘de ernstigste terroristische misdrijven’ in de zin van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel. Deze cumulatieve eisen zouden aldus verzekerd hebben dat de strafbaarstellingen van samenspanning in de WTM beter zouden hebben aangesloten op het Kaderbesluit, op de WTM als geheel en op de reeds bestaande gevallen van strafbare samenspanning.

### De tweede reden

De tweede reden die de minister voor de uitbreiding noemt, overtuigt evenmin. De validiteit van deze reden is in hoge mate verbonden met de kracht van de eerste reden. Het kan inderdaad voorkomen dat het bestaan van een terroristische organisatie niet kan worden bewezen terwijl nog geen voorbereidingshandelingen hebben plaatsgevonden.

Of dit gat moet worden gevuld hangt af van het antwoord op de vraag of de samenspanning die dan dus straffeloos blijft wel strafwaardig is. Wanneer deze vraag ontkenkend moet worden beantwoord dient strafbaarstelling uiteraard achterwege te blijven. In die zin voegt deze reden niets toe aan de eerste. Hiervoor werd betoogd dat op basis van de strafwaardigheid van de gedraging strafbaarstelling van samenspanning tot terroristische misdrijven op deze wijze niet aangewezen lijkt. In weerwil van wat de minister ons wil doen geloven, past deze strafbaarstelling ook niet in de wettelijke systematiek van de samenspanning.

De vraag rijst dan of het wettelijk systeem rond de deelneming aan een terroristische (of criminele) organisatie en de voorbereiding waar de minister op wijst mogelijk strafbaarstelling van samenspanning indiceren. Als voorbeeld van een situatie waarin het bestaan van een terroristische organisatie niet kan worden bewezen, noemt de minister *netwerkachtige structuren waarbij onvoldoende organisatorische substantie kan worden aangetoond*.<sup>258</sup> Opvallend is dat het probleem steeds in bewijsrechtelijke termen wordt gegoten. De formulering lijkt de mogelijkheid open te laten dat samenspanning strafbaar moet zijn omdat we wel weten dat datgene dat werkelijk strafwaardig is, heeft plaatsgevonden, maar we dat jammer genoeg niet kunnen bewijzen. Dan zou de strafbaarstelling weinig meer zijn dan een poging om de verdachte de procedurele waarborgen van het Wetboek van Strafvordering en het EVRM te ontfemen.

Ook als we er echter vanuit gaan dat beoogd is om in strafbaarheid te voorzien in gevallen dat de organisatiegraad net niet volstaat voor toepassing van art. 140a Sr is de wijziging wel meer dan het herstellen van een onopgemerkte omissie van verleden wetgevers. Het feit dat sprake is van een organisatie is immers een belangrijk element in de strafbaarstelling van deelneming aan een criminele organisatie. De ruime strafbepaling die noch eist dat reeds een concreet misdrijf door de organisatie is gepleegd, noch dat de deelnemingshandeling op zich strafbaar is, kan, zo bleek in de paragrafen 3.1.1.2 en 3.1.1.3, juist gerechtvaardigd worden door het gevaar voor de samenleving dat uitgaat van een duurzaam en gestructureerd samenwerkingsverband dat is ingericht

---

dat voorbedachten rade aanwezig is). De betreffende samenspanning is dus wel degelijk strafbaar. Alleen is er een beperkter aantal toepasselijke strafbepalingen.

<sup>258</sup> TK 2002-2003, 28463, nr. 8, p. 5.

op het bij voortduring plegen van misdrijven. Juist dit gevaar verklaart ook de rubricering als misdrijf tegen de openbare orde.<sup>259</sup>

Dat *netwerkachtige structuren* niet duurzaam en gestructureerd zijn, vermag ik niet in te zien. Sterker, een geraffineerd netwerk met cellen en zijvertakkingen lijkt mij bij uitstek een organisatie als bedoeld in de artikelen 140 en 140a Sr. Maar ook minder verfijnd gestructureerde samenwerkingsverbanden kunnen een dergelijke organisatie opleveren. Onder verwijzing naar relevante jurisprudentie merkt de minister zelf op dat niet vereist is dat sprake is van formeel afgebakende taken, continuïteit in de samenstelling of een vastliggende structuur.<sup>260</sup>

Maar zelfs als er inderdaad dergelijke structuren bestaan die niet voldoende *organisatorische substantie* hebben, maar die wel een werkelijke bedreiging vormen, heb je de samenspanning niet nodig. Dan had gewoon art. 140a Sr een andere redactie moeten krijgen. Die bepaling was nog niet in werking getreden of zij was kennelijk al verouderd. Als in plaats van *een organisatie* gekozen was voor *een groep* of *een verzameling van personen* was het probleem opgelost geweest, terwijl dan nog wel een deelnemings*handeling* vereist was geweest.

Een variant op deze oplossing is ook in de parlementaire behandeling ter sprake gekomen. Over het voorstel om naast de deelneming aan de terroristische organisatie deelneming aan een netwerkorganisatie strafbaar te stellen<sup>261</sup>, zegt de minister het volgende:

Bij de netwerkorganisatie is van een duidelijk te identificeren organisatie soms nauwelijks sprake (...). En ook de bijdrage aan die organisatie kan (dientengevolge) niet altijd gemakkelijk worden vastgesteld. Bij die stand van zaken ligt het, ook uit oogpunt van *rechtsstatelijkheid* en *goede procesvoering*, voor de hand strafrechtelijk niet de aandacht te blijven richten op een (...) fluïde organisatiewijze, maar de aandacht te verleggen naar de criminele activiteiten die worden ondernomen of *voorgenomen* (mijn cursiveringen; JML).<sup>262</sup>

Allereerst wordt hier een open deur ingetrapt. Juist omdat geen organisatie bestaat, zou een andere term in de delictomschrijving van art. 140a Sr de voorkeur verdienen. Maar daarna gaat het pas echt fout. De minister geeft te kennen niets te verwachten van een andere redactie van art. 140a Sr. Hij wil gewoon voornemens strafbaar stellen. De link met rechtstatelijkheid en goede procesvoering ontgaat mij echter wel. Verder valt op dat de minister het probleem opnieuw in bewijsrechtelijke termen giet. De diskwalificatie die uit het verwijt volgt, is zo sterk dat men zeer voorzichtig moet zijn met de minister tegen te werpen dat zijn strafbaarstellingen slechts ingegeven zijn door de overweging dat bij een eerlijk proces met als inzet een strafwaardige beschuldiging te veel ‘terroristen’ de dans ontspringen. Maar hoe kan men de strafbaarstelling van voornemens nog anders duiden als de minister zelf voortdurend zwakke inhoudelijke argumenten probeert te compenseren met bewijsrechtelijke overwegingen? Effectief is het wel. Zou dat zijn wat de minister bedoelt met goede procesvoering?

<sup>259</sup> De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 25.

<sup>260</sup> TK 2003–2004, 28463, nr. 10, p. 6.

<sup>261</sup> TK 2002–2003, 28463, nr. 9, p. 13.

<sup>262</sup> TK 2003–2004, 28463, nr. 10, p. 35, 36.



De voorbereiding in de zin van art. 46 Sr is hiervoor uitgebreid aan de orde gekomen in paragraaf 3.2. Op deze plaats kunnen we daarover kort zijn. Deze figuur was op zich zelf al omstreden. De afgelopen jaren is het bereik van deze bepaling reeds verschillende malen uitgebreid. Alhoewel vanuit het model van een daadgericht strafrecht bezwaren tegen de strafbare voorbereiding kunnen worden geuit, valt deze strafbaarstelling voor ernstige misdrijven toch wel te rechtvaardigen. Dat geldt ook nog wel voor de latere wijzingen. Maar daar zouden we dan toch ook wel de grens moeten trekken. Strafbaarheid nog verder naar voren trekken, is, behoudens gevallen die aan de hiervoor opgesomde cumulatieve vereisten voldoen, te bedenkelijk.

### De derde reden

De derde reden voor de sterke uitbreiding van het aantal gevallen van strafbare samenspanning is gebaseerd op een betreurenswaardige politieke realiteit die vanuit juridisch perspectief enigszins raar aandoet. De eis van dubbele strafbaarheid in het internationale strafrecht bedoelt te waarborgen dat staten niet gedwongen kunnen worden mee te werken aan strafvervolgingen of -executies die in strijd zijn met de grondslagen van hun eigen strafrechtssysteem. Door nu te overwegen dat ruimere strafbaarstelling van samenspanning internationale samenwerking met de VS en het VK vergemakkelijkt, draait de minister de zaken om. De eis van dubbele strafbaarheid functioneert dan niet als waarborg voor Nederland, maar als obstakel. Internationale samenwerking hoeft niet te voldoen aan de eisen die het Nederlandse recht stelt, het Nederlandse recht moet maar worden aangepast aan de eisen van de internationale samenwerking. Afgezien van de oneigenlijke redeneertrant kan ook aan de inhoudelijke juistheid van dit argument worden getwijfeld.

Tijdens de eerdergenoemde hoorzitting merkt Van der Wilt op dat de ruimere strafbaarstelling in het licht van de stroomlijning van de internationale rechtshulp volstrekt onnodig is. Binnen de EU en dus ten opzichte van het VK worden *conspiracy* en de deelneming aan een criminele organisatie in het kader van de beoordeling van de dubbele strafbaarheid op één lijn gesteld. Het Europees aanhoudingsbevel maakt wat dat betreft aan alle twijfel een eind. Ten opzichte van de VS stelt hij voorop dat we wellicht niet altijd mee moeten willen werken aan strafvervolgingen wegens *conspiracy*. Afgezien van die rechtspolitieke keuze lijkt de Hoge Raad het begrip dubbele strafbaarheid op dit punt wat reukelijker te interpreteren.<sup>263</sup> Met het trekken van dergelijke conclusies moet men vanzelfsprekend altijd voorzichtig zijn.

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad in uitleveringszaken kan in ieder geval worden afgeleid dat de verzoekende staat geen strafbepaling hoeft te overleggen die overeenstemt met art. 140 Sr. Voldoende is dat de opgeëiste persoon deel uitmaakte van een samenwerkingsverband waarvan de activiteiten waren gericht op het plegen van misdrijven.<sup>264</sup> Voldoende is ook dat gedurende enige tijd in georganiseerd verband een aantal misdrijven wordt begaan, terwijl de opgeëiste persoon deelnemingshandelingen verrichtte die bestonden uit het gebruiken van een telefoon ten behoeve van de invoer van MDMA.<sup>265</sup> De Hoge Raad nam tevens genoegen met het ongemotiveerde oordeel van de rechtbank dat *(to) knowingly and intentionally (...) combine, conspire, confederate*

<sup>263</sup> TK 2003–2004, 28463, nr. 29, p. 4.

<sup>264</sup> HR 30 maart 2004, NJ 2004, 522.

<sup>265</sup> HR 20 juni 2000 NJ 2000, 493.

and agree with each other and with other persons (...) to commit offenses against the United States deelneming in de zin van art. 140 Sr oplevert.<sup>266</sup> Daarmee lijkt de Hoge Raad in ieder geval te eisen dat er sprake is van meerdere personen die gedurende enige tijd met elkaar samenwerken met het oogmerk om meerdere misdrijven te plegen.

Hij nam evenwel ook genoegen met een ongemotiveerde verwijzing naar art. 47 Sr<sup>267</sup> en de individuele misdrijven waartoe werd samengespannen, zij het dat in die zaak wel reeds de nodige uitvoeringshandelingen hadden plaatsgevonden.<sup>268</sup> Tegenwoordig zou dan een verwijzing naar art. 46 Sr meer voor de hand liggen. Dat kan dan uitkomst bieden als de betrokkenen bijvoorbeeld eenmalig samenwerkten of als slechts het plegen van een enkel misdrijf werd beoogd. Opmerking verdient in dat verband dat, zoals ook de minister laat weten, de Amerikaanse *conspiracy* niet in alle gevallen geheel samenvalt met de Nederlandse samenspanning. Vaak is *conspiracy* immers eerst strafbaar als deze gevolgd is door een *overt act*. De inhoud daarvan kan variëren van het aangaan van de overeenkomst tot een begin van uitvoering.<sup>269</sup>

In ieder geval lijkt de kwestie van dubbele strafbaarheid in de praktijk van de strafrechtelijke samenwerking met de VS niet tot onoverkomelijke problemen te leiden. Mochten die problemen ergens toch bestaan, dan is dat, zoals hiervoor gesteld, op zich geen argument om over te gaan tot ruimere strafbaarstelling van samenspanning. Argumenten voor die strafbaarstelling zouden gevonden moeten worden in de strafwaardigheid van het gedrag of, eventueel in exceptionele gevallen, in de bedreiging voor het voortbestaan van onze samenleving die ervan uitgaat. De toelichting lijkt in dat opzicht te kort te schieten.

### 3.3.2 Problemen rond de strafbaarstelling van samenspanning tot terroristisch misdrijf

Vooralsnog is niet licht te voorspellen of we een groot aantal vervolgingen wegens samenspanning kunnen verwachten. In een vrije samenleving raakt de overheid niet snel op de hoogte van afspraken die burgers maken. Als de opsporende autoriteiten eerst in actie komen na het ontstaan van een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit zal een samenspanning meestal bij toeval ontdekt worden. Aangifte door een willekeurige burger die getuige was van de samenspanning ligt niet voor de hand. Ook zal het niet vaak gebeuren dat een van de betrokkenen spijt krijgt en de autoriteiten verwittigt. Aldus beschouwd ligt een groot aantal vervolgingen niet voor de hand.<sup>270</sup>

<sup>266</sup> HR 2 mei 1989, NJ 1989, 773.

<sup>267</sup> Zie over het ruime bereik van medeplegen in de zin van art. 47 Sr: G. Knigge, Het opzet van de deelnemer, in: Groenhuijsen en Simmelink (red.), *Glijdende Schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, o.c., p. 296–306; J.M. Reijntjes, Een afrekening, Over het toerekenen van gedrag aan daders en mededaders, Kluwer, Deventer, 2005; De Hullu, *Materieel Strafrecht*, o.c., p. 445–447; R Emmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 436–438; HR 25 juni 1934, NJ 1934, 1261 (Wormerveerse brandstichting); HR 17 november 1981, NJ 1983, 84 (Containerdiefstal); HR 15 april 1986, NJ 1986, 740 (Moord op afstand); HR 8 mei 2001, NJ 2001, 480 (Bacchus); HR 14 oktober 2003, LJN: AJ1457; HR 26 oktober 2004, NJ 2004, 682 en HR 12 april 2005, LJN: AS2769.

<sup>268</sup> HR 24 november 1987, NJ 1988, 590.

<sup>269</sup> TK 2003–2004, 28463, nr. 10, p. 17.

<sup>270</sup> J.M. Reijntjes (Samenspanning, DD 7 (1977), afl. 7, p. 431) wijst erop dat zonder bekentenis of *overt act* meestal grote bewijsproblemen zullen bestaan.

Aan de andere kant is er in de moderne opsporing een belangrijke rol weggelegd voor het gedurende langere tijd onderscheppen van allerlei vormen van communicatie. Daarbij hoeft vaak niet gewacht te worden op een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan.<sup>271</sup> Het is natuurlijk goed denkbaar dat een samenspanning op heterdaad ontdekt wordt door een gesprek af te luisteren met een richtmicrofoon, een telefoon-aansluiting te tappen of een e-mail te onderscheppen. Dan kunnen aanhoudingen worden verricht en vervolgingen worden ingesteld voordat voorbereidingshandelingen kunnen worden verricht. Daarnaast houdt de AIVD continu een groep mensen in de gaten waarvan het vermoeden bestaat dat zij wellicht een terroristische aanslag zouden kunnen begaan. Hoe dat in de gaten houden moet worden verstaan, is niet duidelijk. Maar ook hier kan men zich voorstellen dat een samenspanning op heterdaad wordt ontdekt. Op voorhand valt dus niet te zeggen of we de komende jaren veel vervolgingen wegens strafbare samenspanning kunnen verwachten.

Vanuit een meer technisch-juridisch perspectief vallen de gevolgen van de uitbreiding wellicht met meer zekerheid te duiden.

Hieronder zal aan een aantal van deze problemen aandacht worden besteed. In paragraaf 6.5.1 zal aparte aandacht worden besteed aan samenloopproblemen bij de strafbare samenspanning.

### 3.3.2.1 Oorzaak problemen: strafbaarstelling als voltooid delict

Omdat samenspanning van oudsher slechts strafbaar was indien zij betrekking had op een zeer klein aantal misdrijven, lag het voor de hand om de strafbaarstelling ervan te gieten in de vorm van aparte strafbepalingen. Net als bij de deelneming aan een terroristische organisatie gaat het dus steeds om zelfstandige delicten.

In paragraaf 2.1.1.1 werd reeds duidelijk dat ook de minister de samenspanning beschouwt als onvolkomen delictvorm.<sup>272</sup> Voor de reeds bestaande strafbaarstellingen van samenspanning werd immers geen strafverhoging in verband met de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk voorgesteld. De ruimte daarvoor bestond wel degelijk. Dat kan alleen verklaard worden uit het feit dat deze samenspanning door de minister werd beschouwd als een onvolkomen delictvorm van misdrijven waarvan de sanctienorm in geval van voltooid delict niet verder verhoogd konden worden omdat zij reeds zonder terroristisch oogmerk met levenslange gevangenisstraf werden bedreigd. Formeel gaat het dus om een voltooid delict, materieel is sprake van een onvolkomen delictvorm. Dat brengt een aantal problemen met zich mee.

<sup>271</sup> Voor de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden volstaat dat sprake is van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf. Zie hierover: T. Blom, Privacy, strafrechtelijke rechtshandhaving en terreurbestrijding, in: J.R. Blad, (red.) Strafrechtelijke rechtshandhaving, Aspecten en actoren voor het academisch onderwijs belicht, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2007, p. 209-234; G.J.M. Corstens, Dijkdoorbraken in de strafrechtspleging, NJB 2005, afl. 6, p. 289; H. de Doelder, Terrorisme en de rol van de rechter, Erasmus Law Lectures 3, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2006; P.H.P.H.M.C. van Kempen, Terrorismebestrijding door marginalisering strafvorderlijke waarborgen, NJB 2005, afl. 8, p. 397-400.

<sup>272</sup> De behandeling van het voorstel van de WTM heeft onder twee verschillende ministers van justitie plaatsgevonden, te weten Korthals en Donner. De memorie van toelichting is van de hand van eerstgenoemde, de tweede nota van wijziging is door de laatstgenoemde aan het wetsvoorstel toegevoegd. Staatsrechtelijk gaat het uiteraard om dezelfde minister van justitie.

### 3.3.2.2 Strafbaarheid van poging en voorbereiding

Gevolg van het feit dat samenspanning steeds als voltooid delict strafbaar is gesteld, is in de eerste plaats dat in beginsel, net als bij de deelneming aan de terroristische organisatie, ook hier poging tot en voorbereiding van het misdrijf strafbaar zijn. Omdat samenspanning en voorbereiding beide al langer bestaan, is deze combinatie ook al langer denkbaar.

Strijards bekijkt per geval in hoeverre een aaneenschakeling van *aansprakelijkheidsgronden* nog tot strafbaarheid kan leiden waarbij hij voorop stelt dat voorbereiding slechts strafbaar kan zijn waar poging dat ook is. Omdat poging tot poging niet strafbaar is, zijn poging tot voorbereiding en voorbereiding van voorbereiding dat evenmin. Waar echter gekozen is voor

de vorm van een aparte delictspositie, geredigeerd in de vorm van een zelfstandig misdrijf in voltooide vorm (...) dan is ‘poging’ tot dat misdrijf weer een aparte grond voor aansprakelijkheid en ‘voorbereiding’ dus ook. Dat geldt ook voor de zelfstandige strafbaarstellingen van samenspannings- en aanslagvarianten.<sup>273</sup>

Later werkt hij dit voor verschillende zelfstandige misdrijven concreet uit, waarbij de uitkomst af en toe verrast. Zo stelt hij:

Aangezien die ‘voorbereiding van voorbereiding’ dus geen aansprakelijkheidsgrond oplevert zou ik deze constructie ten aanzien van de samenspanning ook uitgesloten achten, ook al omdat art. 96 Sr een specialis is ten opzichte van art. 46 Sr en de daarin geformuleerde algemene aansprakelijkheidsgrond bij een eendaadse samenloop verdringt. Dit geldt ook voor de individuele voorbereidingsdaad genoemd in art. 96, tweede lid Sr.<sup>274</sup>

Beide citaten lijken moeilijk te rijmen. Duidelijk is dat Strijards de generalis-specialis verhouding tussen art. 46 en 96 Sr niet beperkt tot het tweede lid van laatstgenoemde bepaling. Dat tweede lid gaat over voorbereidingshandelingen. In zijn ogen is ook art. 80 Sr een specialis ten opzichte van art. 46 Sr.<sup>275</sup> In paragraaf 3.2.5.1 bleek reeds dat samenspanning vrij algemeen wordt gezien als een bijzondere vorm van voorbereiding. Kennelijk beschouwt ook Strijards de samenspanning aldus. De toelichting bij art. 46 Sr maakt duidelijk dat een eventuele specialis inderdaad voorrang dient te krijgen. Dat art. 46 Sr ook tot de samenspanning van art 80 en 96, eerste lid Sr in een zodanige verhouding zou staan, volgt daaruit niet. Ten aanzien van art. 122 Sr stelt Strijards onder verwijzing naar het bovengeciteerde hetzelfde.<sup>276</sup> Art. 103 Sr laat hij evenwel onbesproken. Kennelijk is die bepaling, die geen voorbereidingshandelingen strafbaar stelt<sup>277</sup>, dan onderworpen aan de hoofdregel dat voorbereiding van samenspanning inderdaad strafbaar kan zijn.

<sup>273</sup> Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, o.c., p. 23.

<sup>274</sup> Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, o.c., p. 151, 152.

<sup>275</sup> Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, o.c., p. 151, 178.

<sup>276</sup> Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, o.c., p. 152.

<sup>277</sup> Ten aanzien van die bepaling verklaart de wet, anders dan ten aanzien van art. 121 en de samenspanning tot terroristische misdrijven, art. 96 lid 2 Sr niet van overeenkomstige toepassing.

Mols stelt dat de wet zich niet verzet tegen strafbaarheid van poging tot samenspanning. Hij acht haar wel een al te grote uitbreiding van het aantal strafbare feiten.<sup>278</sup> Art. 46 Sr bestond destijds nog niet. Er is geen reden om aan te nemen dat hij anders denkt over voorbereiding. Anderen menen dat de voorbereiding van samenspanning niet strafbaar is.

Keizer meent dat de wetgever van 1881 poging tot samenspanning straffeloos wilde laten. Hij meent evenwel dat mislukte uitlokking tot samenspanning wel strafbaar is.<sup>279</sup> Voorbereiding van samenspanning zou dan dus straffeloos blijven. In de opvatting dat samenspanning een bijzondere vorm van voorbereiding is<sup>280</sup>, volgt de straffeloosheid van voorbereiding tot samenspanning uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel inzake algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen.<sup>281</sup> Het argument dat aan samenspanning, als zeer verregaande vorm van daderschap die zorgvuldig is gereserveerd voor een beperkt aantal gevallen, geen verdere uitbreiding moet worden gegeven<sup>282</sup>, komt mij overtuigender voor.

De minister kiest echter een andere weg. De algemene leerstukken poging en voorbereiding zijn in principe toepasbaar bij alle daartoe in aanmerking komende delicten. Maar, zo laat hij hierop geruuststellend volgen, praktisch is de toepassing van de artikelen 45 en 46 Sr niet goed voorstelbaar.<sup>283</sup> Strijards geeft een tamelijk goed voorstelbaar en overigens voor de hand liggend voorbeeld. Het vervaardigen van een informatie-drager waarin de plannen die nog aan de personen met wie de samenzwering zal worden aangegaan moeten worden voorgelegd, zijn vastgelegd. Hij laat daar echter op volgen dat hier het (terroristisch) misdrijf zelf al voorbereid wordt in de zin van art. 96 lid 2 onder 4 Sr.<sup>284</sup> Dit geldt mijns inziens echter niet voor de enkele aanschaf van een computer met internetverbinding (dus nog zonder plannen) met de intentie om samen te zweren met een zich in het buitenland bevindende bekende.

Daarnaast valt op dat de minister ook wel hecht aan de constructie voorbereiding tot samenspanning. Hij raadt het aannemen van een amendement dat de strafbaarheid van voorbereiding van de strafbare samenspanning en de voorbereidingshandelingen uitsluit<sup>285</sup> dan ook af. Aanneming van het amendement zou volgens de minister leiden tot onduidelijkheid. Aanneming zou met name onwenselijk zijn in verband met art. 96 lid 2 Sr.<sup>286</sup> Ook hier blinkt de minister niet uit in duidelijkheid. Wat is immers dat verband met art. 96 lid 2 Sr? Die bepaling ging over voorbereidingshandelingen. Art. 96 lid 2 Sr wordt in de samenspanningbepalingen van de WTM van overeenkomstige toepassing verklaard. Dat gebeurt echter in het tweede lid van deze bepalingen. Het amendement sluit strafbaarheid van poging en voorbereiding slechts uit voor de samenspanning die steeds in het eerste lid staat. De straffeloosheid van voorbereiding tot voorbereiding volgt uit de straffeloosheid van de poging tot voorbereiding in de zin

<sup>278</sup> Mols, *Strafbare samenspanning*, o.c., p. 85.

<sup>279</sup> Keizer, *Strafbaarheid van voorbereidingshandelingen*, o.c., p. 47.

<sup>280</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c., aant. 8 bij art. 46 Sr.

<sup>281</sup> TK 1990–1991, 22268, nr. 3, p. 13.

<sup>282</sup> Van Bemmelen / Van Veen, *Het materiële strafrecht*, o.c., p. 166; in dezelfde zin Rummelink, *Samenspanning*, o.c., p. 227, 228.

<sup>283</sup> TK 2003–2004, 28463, nr. 10, p. 19.

<sup>284</sup> Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, o.c., p. 151, 152; vgl. ook paragraaf 2.4.2.4.

<sup>285</sup> TK 2003–2004, 28463, nr. 24.

<sup>286</sup> Hand. TK 2003–2004, nr. 33, p. 2352.

van art. 96 lid 2 Sr.<sup>287</sup> Ware dat anders dan zijn we nog verder van huis. Het amendement strekte er dan ook niet toe de strafbaarheid van voorbereiding van voorbereiding strafbaar te doen zijn. Het amendement wordt uiteindelijk verworpen.<sup>288</sup> Hierdoor hebben we nu in ieder geval, wettelijk, de mogelijkheid van strafbaarheid van de voorbereiding van samenspanning en wellicht tevens strafbaarheid van voorbereiding van voorbereiding.

### 3.3.2.3 Geen straffeloosheid bij vrijwillige terugtred

Een tweede gevolg van het feit dat de strafbare samenspanning van oudsher werd strafbaar gesteld als zelfstandig en voltooid misdrijf was dat vrijwillige terugtred niet mogelijk was. De Hoge Raad bevestigde dit in de zeventigerjaren van de twintigste eeuw. Het ging in deze zaak om enkele Molukkers die zouden hebben samengespannen om koningin Juliana in gijzeling te nemen. De stelling dat samenspanning niet bestaat waar de samenspanners later overeengekomen zijn het misdrijf niet te plegen vindt volgens de Hoge Raad geen steun in het recht.<sup>289</sup> Alhoewel samenspanning formeel steeds is vormgegeven als een voltooid delict betreft het in materieel opzicht een onvolkomen daderschapvorm. Of wellicht beter, de minst volkomen daderschapvorm. Dat was ook de visie van de minister. Toch schaaft hij zich volledig achter het hiervoor genoemde arrest en laat daar op volgen dat strafbaarheid tevens blijft bestaan indien een samenspanner actief probeert het voorgenomen misdrijf te verijdelen.<sup>290</sup>

Ook hierop wordt een amendement<sup>291</sup> ingediend. Samenspanning tot de terroristische misdrijven waartoe dit strafbaar is, zou volgens dit amendement niet strafbaar moeten zijn indien blijkt dat geen strafbare voorbereiding is of zou zijn gevolgd ten gevolge van omstandigheden van de wil van de dader afhankelijk. De betreffende samenspanner moet dus niet alleen zelf zijn teruggetreden. Hij moet ook zijn komuiten hebben overgehaald van het plan af te zien of hen belet hebben aan de voorbereiding of uitvoering te beginnen.

Van verschillende zijden was op een inkeerbepaling, zoals art. 184 WVV, aangedrongen.<sup>292</sup> De minister volstaat met droogjes op te merken dat een dergelijke bepaling niet

<sup>287</sup> Hiervoor werd immers opgemerkt dat de voorbereiding van art. 46 Sr zo veel mogelijk hetzelfde moet worden uitgelegd als de poging van art. 45 Sr. Een aanwijzing dat de wetgever de poging in de zin van art. 45 Sr tot de voorbereiding van art. 96 lid 2 Sr straffeloos heeft willen laten, kan mijns inziens gevonden worden in het feit dat in de onderdelen 1°, 2° en 5° van art. 96 lid 2 Sr strafbaarheid reeds ontstaat wanneer een poging tot de betreffende voorbereidingshandeling wordt ondernomen. Dat volgt in die bepalingen uit het gebruik van het woord *trachten*. Allereerst is de poging tot trachten niet goed denkbaar; wat moeten wij ons daarbij immers voorstellen? Daarnaast zou (behoudens eventuele gevolgen voor de sanctienorm) het opnemen van het woord trachten overbodig zijn geweest indien de strafbaarheid daarvan ook door art. 45 Sr zou zijn gegarandeerd. Met de (on)mogelijkheid van strafbaarheid van voorbereiding in de zin van art. 46 Sr tot voorbereiding in de zin van art. 96 lid 2 Sr hebben de ontwerpers van art. 96 lid 2 Sr (het voorstel tot wet werd ingediend op 15 april 1920) uiteraard geen rekening kunnen houden.

<sup>288</sup> Alleen de fracties van de SP, PvdA en GL steunden het amendement, Hand. TK 2003-2004, nr. 33, p. 2389.

<sup>289</sup> HR 15 februari 1977, NJ 1978, 6.

<sup>290</sup> TK 2003-2004, 28463, nr. 10, p. 24.

<sup>291</sup> TK 2003-2004, 28463, nr. 16.

<sup>292</sup> Het kamerlid Vos wilde een bepaling analoog aan art. 184 WVV (doorrijden na ongeval niet strafbaar indien dader zich binnen 12 uur vrijwillig meldt) opnemen; Hand. TK 2003-2004, nr. 33, p. 2358. Buruma pleitte voor straffeloosheid naar het model van art. 69 lid 3 AWR (een onjuiste belastingaangifte is niet vervolgbaar indien alsnog een juiste aangifte wordt gedaan voordat sprake is van een criminal charge); TK 2003-2004, 28463, nr. 29, p. 15; Buruma / Muller, Wet

past in het systeem van de samenspanning. De inkeerbepaling van art. 184 WVV past immers bij het delict doorrijden na een ongeval maar niet bij samenspanning.<sup>293</sup> De redenering is als volgt: samenspanning bestaat als concept al een hele tijd. Vrijwillige terugtred en inkeer zijn daarbij nooit mogelijk geweest en dat hebben we nooit gemist. Dan moeten we het nu niet opeens anders willen. De redenering van de minister is niet alleen erg gemakkelijk, zij is ook onjuist.

Miskend lijkt te worden dat het aantal vervolgingen wegens samenspanning erg laag is, dat de kwestie van de inkeer daarbij slechts eenmaal aan de orde lijkt te zijn geweest en dat het toen ging om een geval waarin die inkeer uiterst twijfelachtig was. In de chronologie van het strafbaar feit lijkt de mogelijkheid van een vrijwillige terugtred alleen maar logisch. De chronologische volgorde is, zoals bleek in paragraaf 3.2.4.2, samenspanning, voorbereiding, poging, voltooid delict.<sup>294</sup> Hoe dichter men het voltooid delict benadert, hoe zwaarder het verwijt wordt. Dit blijkt niet zozeer uit het verschil in strafmaximum tussen samenspanning en voorbereiding<sup>295</sup> (bij voorbereiding (of samenspanning), poging en voltooid delict blijkt dat wel uit het strafmaximum), maar vooral uit het feit dat voorbereiding in een veel groter aantal gevallen strafbaar is dan samenspanning. Het werkt dan enigszins bevreemdend dat men wel terug kan treden bij voorbereiding en poging, maar niet bij samenspanning. Dat samenspanning alleen strafbaar is bij de ergste misdrijven is, anders dan de minister tijdens zijn toelichting in de Eerste Kamer meent<sup>296</sup>, geen argument om daar anders over te denken. Ook bij die allerergste misdrijven kunnen de poger en voorbereider terug. Dat volgt uit het algemene karakter van de betreffende leerstukken. De ongerijmdheid daarvan wordt vooral duidelijk wanneer men beseft dat de voorbereider en poger niet tevens samenzweerder hoeven te zijn. Met andere woorden: als één van de samenzweerdere berouw krijgt en een beoogd pleger die de bom al heeft gemaakt, en dus voorbereider is, weet om te praten, gaat de voorbereider vrijuit terwijl de samenzweerder strafbaar blijft. Dat lijkt niet in alle denkbare gevallen redelijk.

De redenering is bovendien volledig onjuist omdat in art. 83 lid 1 van het Wetboek van Militair Strafrecht wel een vrijwillige terugtred / inkeer ten aanzien van samenspanning mogelijk gemaakt is. Deze bepaling luidt:

---

Terroristische Misdrijven in perspectief, o.c., p. 2144. Advocate Böhler verwijst naar het Duitse strafrecht waar straffeloosheid ontstaat indien de dader serieus geprobeerd heeft het plegen van het misdrijf te voorkomen; TK 2003–2004, 28463, nr. 29, p. 15.

<sup>293</sup> Hand. TK 2003–2004, nr. 33, p. 2362.

<sup>294</sup> Het betreft dan de ideaaltypische volgorde. In de betreffende paragraaf bleek immers eveneens dat voorbereidingshandelingen aan de samenspanning vooraf kunnen gaan. Ideaaltypisch maakt men echter eerst afspraken en gaat men daarna de voorbereidingen treffen om de gemaakte afspraken na te komen.

<sup>295</sup> Dat verschil in strafmaximum is in dezen van ondergeschikt belang omdat het, zoals in paragraaf 3.2.4.2 bleek, mede berust op toevalligheden en een onterechte verhoging van de sanctienorm van voorbereiding in art. 46 lid 3 Sr. Het betreft daarbij overigens de samenspanning en de voorbereiding van art. 46 Sr. Samenspanning wordt bedreigd met een gevangenisstraf van tien jaren. Samenspanning is slechts strafbaar gesteld ten aanzien van misdrijven die bedreigd worden met levenslange gevangenisstraf. De voorbereiding van misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd, wordt volgens art. 46 lid 3 Sr bedreigd met een gevangenisstraf van vijftien jaren. Complicerende factor in deze vergelijking is dat de wetgever, zoals in paragraaf 3.2.4.2 bleek, met de verhoging van de sanctienorm van art. 46 lid 3 Sr een discrepantie met de sanctienorm van art. 96 lid 2 Sr in het leven heeft geroepen.

<sup>296</sup> EK 2003–2004, 28463, nr. C.

Tegen de deelnemer aan enige in deze titel vermelde samenspanning, die, voordat de overheid met het bestaan daarvan bekend is, haar op zodanige wijze daarvan kennis geeft, dat diens gevolg het misdrijf wordt voorkomen, is de strafvervolgning uitgesloten.

Deze bepaling wordt van overeenkomstige toepassing verklaard op alle samenspanningen in andere Titels van het WMS. Kennelijk zijn beide leerstukken niet zo onverenigbaar als de minister wil doen geloven.<sup>297</sup> Nergens wordt in de parlementaire stukken aandacht aan deze bepaling besteed. Zij is kennelijk door de minister, parlementariërs en deskundigen over het hoofd gezien.

Op verschillende plaatsen laat de minister er geen misverstand over bestaan dat hij eigenlijk niets minder dan de foute intentie strafbaar wil stellen. Zo konden wij hem horen zeggen: *bij het samenspannen gaat het niet om het vervolg, maar om de bereidheid om iets te doen*. En tevens:

het strafwaardige zit in het feit dat men serieus aan elkaar de wil kenbaar maakt om bepaalde terroristische misdrijven te plegen (...) nog los van het punt dat ik het nodig heb bij het opsporen en vervolgen omdat ik dan eerder in kan grijpen.<sup>298</sup>

En over de onvoorstelbaarheid van de poging tot samenspanning: *de kern van de overeenkomst is gelegen in wilsovereenstemming, en die is er of is er niet*.<sup>299</sup>

Vanzelfsprekend bestaat een behoorlijke spanning tussen de hier weergegeven visie van de minister en de uitgangspunten van het Nederlands strafrecht die in paragraaf 1.4.3 werden weergegeven. Hoe men de stellingen van de minister ook waarderen wil, hun gerichtheid op voornemens lijkt een extra argument om in een mogelijkheid tot terugtrekken te voorzien. De voornemens staan centraal. Een gebeurtenis kan niet worden teruggedraaid. Een gedraging is een gebeurtenis. De gegeven klap kan niet worden teruggenomen. Het begaan van een misdrijf kan door de dader worden betreurd, het blijft gebeurd. Terugkomen op een intentie is wel mogelijk. Zolang aan de intentie geen uitvoering is gegeven, heeft het feit dat iemand ooit een bepaald voornemen heeft gehad geen enkele consequentie. Als die intentie nu de grondslag voor bestraffing vormt dan zou het terugkomen daarop toch moeten leiden tot straffeloosheid? Immers, op welke wijze wordt de rechtsorde getroffen door een voornemen waarop vrijwillig wordt teruggekomen voordat daar door enige handeling uitvoering aan is gegeven?

Vanuit het perspectief van het voorkomen van terroristische aanslagen (in termen van paragraaf 1.4.3.1 de vraag naar de effectiviteit van het strafrecht / is het strafrecht een

<sup>297</sup> Deze vervolgingsuitsluitingsgrond kwam overigens al voor in het oorspronkelijke WMS uit 1903 (Wet van 27 april 1903, Stb. 1903, 111). De samenspanningsregeling van het WMS (oud) wijkt op essentiële punten af van die van het Wetboek van Strafrecht. Toch gaat het mijns inziens niet aan op grond daarvan de vervolgingsuitsluitingsgrond van art. 83 lid 1 WMS (als eigensoortig voor het militaire strafrecht) te verwerpen voor de regeling van het Wetboek van Strafrecht. De eigensoortigheid van het militaire strafrecht rechtvaardigt immers voor het militaire strafrecht consequent een ruimer bereik van de samenspanningsregeling dan het commune strafrecht kent. Die eigensoortigheid zou dus, integendeel, juist aanleiding voor een dergelijke regeling in het commune strafrecht moeten zijn.

<sup>298</sup> Hand. TK 2003-2004, nr. 33, p. 2350.

<sup>299</sup> EK 2003-2004, 28463, nr. C, p. 10.



adequate respons?) dat bij WTM voorop heeft gestaan, lijkt het verzet van de minister tegen een mogelijkheid van vrijwillige terugtred / inkeer bij de samenspanning eveneens aanvechtbaar. Door de strafbaarstelling en strafbedreiging van (de samenspanning tot) terroristisch misdrijf zullen de overtuigingsdaders die bereid zijn om bij het plegen van een aanslag het leven te laten zich echt niet van (de samenspanning tot) dat misdrijf laten weerhouden. De kans dat samenspanners de autoriteiten in kennis stellen van het bestaan van de samenspanning moet, in het verlengde daarvan, ook erg gering worden geacht. Dat laat echter onverlet dat niet uitgesloten kan worden dat in een enkel geval toch twijfel ontstaat bij één van de samenspanners. Het bestaan van een inkeerregeling die straffeloosheid garandeert, zou dan wel degelijk kunnen bijdragen aan het voorkomen van de aanslag.

### 3.3.2.4 Consistentie van sanctienormen

Een derde probleem met betrekking tot de keuze om de samenspanning als voltooid delict strafbaar te stellen betreft de consistentie van sanctienormen. Een voltooid delict heeft een vaststaande sanctienorm. Bij de onvolkomen delictvormen in het Algemeen Deel moet voor de vaststelling van de sanctienorm worden gekeken naar de sanctienorm van het delict dat wordt voorbereid of waartoe een poging wordt ondernomen.

De sanctienorm van de strafbare samenspanning is steeds gesteld op tien jaren. Op de misdrijven waartoe de samenspanning strafbaar is, was ten tijde van de inwerkingtreding van de WTM steeds levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig (thans dertig) jaren gesteld. In beginsel bestond voor de totstandkoming van de WTM bij de strafbare samenspanning dus een consistente verhouding tussen de sanctienorm voor het voltooid delict en die voor de samenspanning.<sup>300</sup> Omdat naast de sanctienorm van de samenspanning (en die van de voorbereiding van art. 96 lid 2 Sr) ook de straf waarmee de onvolkomen delictvormen uit het Algemeen deel bedreigd worden in een vaste verhouding tot het voltooid delict staan, ontstond een vaste verhouding tussen de verschillende onvolkomen delictvormen. Voor misdrijven die met levenslange gevangenisstraf werden bedreigd, konden de volgende gevangenisstraffen worden opgelegd: levenslang voor het voltooid delict, vijftien jaren voor de poging (art. 45 lid 3 (oud) Sr) en tien jaren voor de voorbereiding (art. 46 lid 3 (oud) en art. 96 lid 2 Sr) en de samenspanning (o.a. art. 96 lid 1 Sr). Deze verhouding deed (volgende)<sup>301</sup> recht aan de chronologie van het strafbaar feit.

<sup>300</sup> Art. 89 WMS (oud), Wet van 27 april 1903, Stb. 1903, 111; zie onder meer de art. 73 onderdeel 3° en 83 onderdeel 2° WMS (oud), bepaalde dat samenspanning gelijk de poging werd bestraft. De sanctienorm was afhankelijk van de sanctienorm van het misdrijf waartoe werd samengespannen. Tegen de gelijkstelling met de poging kunnen overigens wel bezwaren worden aangebracht. Die gelijkstelling moet echter worden begrepen tegen de achtergrond dat in het militair strafrecht een veel grotere rol is weggelegd voor de strafbaarstelling van samenspanning. De misdrijven waartoe samenspanning strafbaar was gesteld waren niet allemaal met de doodstraf (voor het WMS werd die eerst in 1990 afgeschaft) of levenslange gevangenisstraf bedreigd. Ook de samenspanning tot minder ernstige misdrijven was strafbaar. Waar het hier om gaat, is dat, en dat geldt zowel voor de samenspanning in het commune als die in het militaire strafrecht, van oudsher een vaste verhouding bestaat tussen de sanctienorm van een delict en de sanctienorm voor de samenspanning tot dat delict.

<sup>301</sup> In paragraaf 3.2.5.1 werd gesteld dat er argumenten bestaan om de voorbereiding met een hogere straf te bedreigen dan de samenspanning. Die argumenten werden echter niet van een zodanig gewicht geacht dat de voorbereiding perse met een hogere straf bedreigd zou moeten worden dan de samenspanning.

In paragraaf 3.2.4.2 werd reeds opgemerkt dat de tweede consistente verhouding (die tussen de verschillende onvolkomen delictvormen, te weten voorbereidingshandelingen als bedoeld in art. 46 lid 1 Sr en van voorbereiding als bedoeld in art. 96 lid 2 Sr) door de inwerkingtreding van de Wet herijking strafmaxima ernstig is verstoord. De voorbereiding van een misdrijf dat met levenslange gevangenisstraf wordt bedreigd, kent thans een sanctienorm van vijftien jaren gevangenisstraf (art. 46 lid 3 Sr). Door de specialiteitsverhouding van art. 96 lid 2 Sr ten opzichte van art. 46 Sr leidt dat tot de onaanvaardbare consequentie dat voorbereiding van een niet-terroristisch misdrijf dat met levenslange gevangenisstraf wordt bedreigd met een hogere straf wordt bedreigd dan de voorbereiding van een terroristisch misdrijf waarop levenslange gevangenisstraf is gesteld. Die consequentie geldt voor alle terroristische misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd met uitzondering van de deelneming aan een terroristische organisatie. De eerste consistentie wordt door de Wet herijking strafmaxima niet beïnvloed.

Op deze plaats gaat het erom dat door de inwerkingtreding van de WTM voor sommige delicten de eerste consistente verhouding is doorbroken. Omdat de consistentie van de straffen waarmee de onvolkomen delictvormen worden bedreigd (de tweede consistentie) een direct gevolg is van die eerste consistentie ontstaan als gevolg daarvan verdere inconsistenties in de sanctienormen van de onvolkomen delictvormen.

Bij sommige terroristische misdrijven die slechts bij het intreden van een bepaald strafverzwarend gevolg met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd, blijft de sanctienorm van de poging immers achter bij die van de samenspanning en (in het kielzog daarvan) de voorbereiding van art. 96 lid 2 Sr. Als voorbeeld kan worden gewezen op art. 385b Sr. Als grondfeit wordt in het eerste lid onderdeel 1° geweld tegen de inzittenden van een luchtvaartuig waarvan gevaar voor de veiligheid van het luchtvaartuig te duchten is, strafbaar gesteld. Dit feit wordt bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren. Deze straf wordt verhoogd tot twaalf jaren indien het feit zwaar lichamelijk letsel voor een ander tot gevolg heeft (sub 2°). Indien het feit resulteert in de dood van een ander kan ten hoogste vijftien jaren gevangenisstraf worden opgelegd (sub 3°). Conform het systeem van de WTM worden deze straffen verhoogd tot respectievelijk dertien jaren en zes maanden, achttien jaren en levenslange gevangenisstraf indien het feit wordt begaan met een terroristisch oogmerk (art. 415a Sr). Omdat het feit kan worden bestraft met levenslange gevangenisstraf wanneer iemand als gevolg van het terroristisch misdrijf komt te overlijden, is de samenspanning tot het grondfeit strafbaar gesteld (art. 415b lid 1 Sr). Deze samenspanning wordt (net als de voorbereiding van art. 415b lid 2 j° art. 96 lid 2 Sr) bedreigd met gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren. De poging tot dit feit wordt volgens art. 415a j° art. 385b lid 1 onderdeel 1° j° art. 45 lid 2 Sr met een derde minder straf bedreigd dan het voltooide grondfeit. Eén derde van dertien jaren en zes maanden is gelijk aan vier jaren en zes maanden. Een poging tot geweld aan boord van een vliegtuig waarvan gevaar voor dat vliegtuig te duchten is, begaan met een terroristisch oogmerk kan dus worden bestraft met ten hoogste negen jaren gevangenisstraf ( $13,5 - 4,5 = 9$ ). Wanneer het niet tot een poging komt, maar al in het stadium van de samenspanning of de voorbereiding wordt ingegrepen en een vervolging wordt ingesteld, kunnen de samenspanners of voorbereiders een gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren opgelegd krijgen. Omdat de poging tot

terroristisch misdrijf met dezelfde straf bedreigd wordt als het gewone (niet terroristisch) misdrijf (immers  $+ 50 \% - 33,33 \% = 0$ ) ligt het *break even point* op tien jaren.<sup>302</sup>

Alle misdrijven die zonder terroristisch oogmerk en zonder strafverzwarende gevolgen met minder dan tien jaren gevangenisstraf worden bedreigd, doch met terroristisch oogmerk en enig strafverzwarend gevolg met levenslang kunnen worden bestraft, passen in het hierboven geschetste scenario. Omdat alle terroristische misdrijven waarbij dit probleem speelt gemeengevaarlijke misdrijven zijn, zal bij de bespreking van de samenspanning tot gemeengevaarlijke misdrijven in paragraaf 3.5.3.2 verder op deze problematiek worden ingegaan.

Het heeft er alle schijn van dat de ontwerpers van de tweede nota van wijziging de nodige haast hadden om deze nota in te brengen. In ieder geval was één van de redenen om deze nota niet aan de Raad van State voor te leggen, gelegen in het belang dat de minister hechtte aan een snelle inwerkingtreding van de WTM.<sup>303</sup> Het haastig concipiëren van wijzigingen vergroot de kans op fouten en slordigheden.<sup>304</sup> Het passeren van belangrijke adviesorganen verkleint de kans op herstel hiervan. Naast de inhoudelijke kritiek op de verhouding die door de wijze van strafbaarstelling van samenspanning in de WTM tussen de samenspanning en de andere onvolkomen delictvormen is ontstaan, moet dus worden opgemerkt dat deze strafbaarstelling niet met de vereiste zorgvuldigheid heeft plaatsgevonden.

### 3.3.3 Gemeengevaarlijke misdrijven als model ter vervanging van samenspanning; een alternatief?

Stamhuis stelt in zijn oratie dat de wetgever in plaats van de samenspanning beter had kunnen kiezen voor het model van het gemeengevaarlijke misdrijf. Hij komt tot deze conclusie uit onvrede met het feit dat in de omschrijving van samenspanning nauwelijks een gedraging te herkennen is en met het feit dat de intentie die bij de strafbaarstelling van samenspanning centraal staat allerlei bewijsproblemen met zich meebrengt. Hij stelt voor opzettelijke gedragingen strafbaar te stellen die het gevaar op een aanslag vergroten. Dat zou dan vormgegeven kunnen worden door te eisen dat van het gedrag een ‘aanslag te duchten is’. Als enig concreet voorbeeld van een dergelijke gedraging noemt hij, in een voetnoot, het verspreiden van handleidingen voor aanslagen over internet. In dit model wordt dus niet geëist dat de dader ook opzet had op het plegen van de aanslag zelf. Stamhuis ontkent daarbij dat hij een vorm van risicoaansprakelijkheid bepleit. In zijn model is allereerst opzet vereist op de gedraging. Daarnaast betreft het een gedraging waarvan een ieder, dus ook de dader, weet of kan weten dat de aanslag er een gevolg van kan zijn.<sup>305</sup>

<sup>302</sup> Opmerking verdient dat het probleem in de praktijk niet lijkt te kunnen spelen met betrekking tot de voorbereiding van art. 46 Sr, omdat steeds wanneer samenspanning strafbaar is gesteld tevens de bijzondere strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen van art. 96 lid 2 Sr van toepassing is.

<sup>303</sup> TK 2003-2004, 28463, nr. 10, p. 3.

<sup>304</sup> Ook met betrekking tot art. 162a Sr lijkt van een slordigheid sprake te zijn geweest. De bepaling is niet opgenomen in de opsomming van art. 176b Sr terwijl dat volgens de systematiek van strafbaarstelling van samenspanning van de WTM wel had gemoeten. Die bepaling lijkt gewoon vergeten. Zie daarover verder paragraaf 3.5.3.1.

<sup>305</sup> Stamhuis, Gemeen gevaar, o.c., p. 24-28.

Het betoog van Stamhuis bevat een interessante gedachte die serieuze overweging verdient. Hiervoor werd inderdaad geconstateerd dat bij de strafbaarstelling van samenspanning tot terroristisch misdrijf wel erg veel gewicht wordt toegekend aan de intentie van de dader. In paragraaf 1.4.3 bleek dat het aanknopen bij een schadelijke gedraging goed past in de grondslagen van ons nationale strafrecht. Dat is precies wat Stamhuis doet. Veel vragen blijven echter, dat is wellicht inherent aan het gekozen medium, onbeantwoord.

Dat betreft allereerst de omschrijving van het te duchten gevaar. Duidelijk is dat het daarbij gaat om de te plegen ‘terroristische aanslag’. Onduidelijk is hoe Stamhuis die wil omschrijven. In ieder geval behoeft het terroristisch oogmerk (als bedoeling) bij de pleger van het gevaarzettingsdelict in zijn model niet aanwezig te zijn. Daarmee is de vraag of de aanslag nog wel met een terroristisch oogmerk gepleegd zou moeten (gaan) worden evenwel niet beantwoord. Indien die vraag bevestigend moet worden beantwoord, is Stamhuis kennelijk wel van mening dat een bijkomend oogmerk voor de strafwaardigheid van een misdrijf van belang is. Onduidelijk is dan waarom dat bijkomend oogmerk bij bijdragen aan dat misdrijf opeens kan worden gemist. Indien de vraag ontkenkend moet worden beantwoord, bestaat geen enkele duidelijkheid over zijn invulling van het begrip ‘terroristische aanslag’.

Ongeacht het antwoord op die vraag is onduidelijk gebleven hoe de omschrijving van het begrip ‘aanslag’ in zijn voorstelling zou moeten luiden. Gaat het daarbij om een opsomming van dezelfde misdrijven waartoe thans de samenspanning is strafbaar gesteld of streeft hij een beperktere omschrijving na?

Tenslotte is onduidelijk hoe Stamhuis zich de omschrijving voorstelt van de gedragingen waarvan het gevaar van een terroristische aanslag te duchten is. Als iedere gedraging waarvan een dergelijk gevaar te duchten is, moet worden omschreven in de wet zal het een lange waslijst betreffen die in de praktijk altijd onvolledig zal blijken. Als het om meer algemene omschrijvingen gaat, blijven de delictsomschrijvingen vaag.

Er lijken ook wel bezwaren te bestaan tegen het model van Stamhuis. De kracht van die bezwaren kan, gezien bovenstaande onduidelijkheden, niet steeds op volledige waarde worden geschat. Een eerste bezwaar lijkt te zijn dat de gedraging die de kans op het plegen van een aanslag vergroot (waarvan dus het gevaar van een aanslag te duchten is), anders dan bij andere gemeengevaarlijke misdrijven op zichzelf niet tot het ontstaan of de verwezenlijking van het gevaar kan leiden. Nemen wij het voorbeeld dat Stamhuis zelf noemt, het over internet verspreiden van een handleiding voor het plegen van aanslagen en de brandstichting waarvan levensgevaar voor een ander te duchten is van art. 157 Sr (het klassieke voorbeeld van het gemeengevaarlijk misdrijf). Beide voorbeelden hebben gemeen dat de dader geen controle heeft over de gevolgen van zijn handelen. Of iemand de handleiding gebruikt voor een aanslag is evenzeer aan de invloed van de dader onttrokken als de gevolgen van de brand. In die zin is het gevaarzettend karakter van beide gedragingen zeker vergelijkbaar. Verschil tussen beide is echter dat het bestaan van de handleiding op zich zelf niet kan leiden tot het plegen van die aanslag terwijl de brand heel goed kan leiden tot het ontstaan of de verwezenlijking van het levensgevaar.

Als tussenkomst van een ander een absolute voorwaarde is voor het ontstaan van gevaar kan dan nog langer worden volgehouden dat de verspreiding van die handleiding gevaarzettend is geweest? Is de aanslag wel een gevolg van de verspreiding van de handleiding? Anders gesteld: is het plegen van de aanslag wel van de verspreiding te duchten? Daartoe is vereist dat *naar de gewone loop der dingen zonder buitengewone omstandigheden de ernstige mogelijkheid van*<sup>306</sup> de aanslag doet ontstaan. Het komt mij voor dat de beslissing om een terroristische aanslag te plegen en daartoe deze handleiding van het internet te gebruiken wellicht als een buitengewone omstandigheid die niet in de normale loop der dingen besloten ligt, heeft te gelden. Dat neemt niet weg dat de verspreiding inderdaad kan bijdragen aan het plegen van een aanslag. De vraag is of deze bijdrage zodanig is dat zij als strafrechtelijk relevante bijdrage heeft te gelden. In paragraaf 1.4.3 werd reeds opgemerkt dat het gevaar op het ontstaan van schade niet te licht mocht worden aangevoerd als grond voor strafbaarstelling. Mogelijk wordt hier die grens overschreden.

Daar staat tegenover dat ook het bezit van bijvoorbeeld wapens strafbaar is gesteld in verband met de gevaarlijke eigenschappen ervan terwijl ook daarvoor geldt dat die gevaarlijke eigenschappen slechts bestaan in verband met bepaalde noodzakelijke menselijke handelingen. Voor zover Stamhuis een dergelijk model van strafbaarstelling nastreeft, bestaan daartegen wellicht geen bezwaren. Dergelijke strafbaarstellingen zijn echter niet aan te merken als gemeengevaarlijke misdrijven. Het te duchten zijn of ontstaan van enig gevaar is voor strafbaarheid niet vereist. Het gevaarlijke karakter van wapens is zelfstandig grond voor strafbaarstelling. Dat het wapen gebruikt wordt of zou kunnen worden voor een aanslag is niet vereist en beïnvloedt de sanctienorm van het betreffende delict ook niet. De gegrondheid van deze tegenwerpingen moet mogelijk worden genuanceerd nu Stamhuis een ruimere opvatting van gemeengevaarlijke misdrijven hanteert dan alleen de misdrijven waarvan een bepaald gevaar te duchten is.<sup>307</sup>

Afsluitend moet worden opgemerkt dat voor zover Stamhuis de strafbaarstelling bepleit van gedragingen die niet zelfstandig gevaarzettend zijn het mij onjuist voorkomt om geen enkele opzeteis te stellen ten aanzien van de gevolgen van die gedragingen. Het betreft hier strafbaarstellingen die een bijdrage behelzen aan een misdrijf die in ander verband niet strafrechtelijk relevant wordt geacht (net als de voorbereiding van art. 96 lid 2 Sr) of die in de tijd verder verwijderd zijn van het misdrijf dan in ander verband strafrechtelijk relevant wordt geacht (zoals bij de samenspanning van art. 80 Sr). In paragraaf 3.2.2.2 kwam reeds aan de orde dat naarmate de gedraging zelf naar zijn uiterlijke verschijningsvorm minder strafwaardig is de nadruk meer op de subjectieve component van de gedraging moet worden gelegd.

### 3.3.4 Afsluiting

Met de strafbaarstellingen van samenspanning in de WTM heeft de wetgever een temporele uitbreiding van de strafbaarheid van de ernstigste terroristische misdrijven tot stand willen brengen. Voor de wens om zulks te doen, kan in beginsel begrip worden

<sup>306</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c., aant. 2 bij art. 157 Sr.

<sup>307</sup> Stamhuis, Gemeen gevaar, o.c., p. 16, 17, 27. Stamhuis ziet de voorbereiding van art. 46 Sr als een gevaarzettend delict in vermomming en merkt op dat art. 6 WvW een gevaarzettend delict behelst nu voor toepasselijkheid van die bepaling niet vereist is dat de dood een gevolg is van de schuld (de dood behoeft slechts een gevolg te zijn van het ongeval en het ongeval moet aan schuld te wijten zijn).

opgebracht. Een dergelijke uitbreiding past naar haar aard best in het strafrechtelijk systeem. De strafbaarstelling van samenspanning tot misdrijven die (het voortbestaan of functioneren van) de staat ernstig bedreigen, bestaat reeds sedert de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht in 1886. De ernstigste terroristische misdrijven (in de zin van art. 83 onderdeel 1° Sr) kunnen staat en samenleving ook ernstig bedreigen. Dergelijke misdrijven behoren tot de ernstigste die er zijn.

In algemene zin kan worden opgemerkt dat (verdere) temporele uitbreiding van strafbaarheid gerechtvaardigd is naarmate het misdrijf waar die uitbreiding betrekking op heeft ernstiger is. De wijze waarop de wetgever die uitbreiding heeft vormgegeven gaat evenwel te ver.

Allereerst betreft dat het bereik van de uitbreiding. De lat is te laag gelegd. Het gaat dan om de sanctienorm van de betrokken misdrijven. Weliswaar wordt geëist dat het betreffende (voltooide) terroristisch misdrijf met levenslang wordt bedreigd, daarbij worden dan vervolgens alle strafverhogende omstandigheden in aanmerking genomen. Het betreft dan niet slechts het terroristisch oogmerk maar tevens de mogelijke gevolgen van het misdrijf waarop de samenspanning geen betrekking had en waarvan nimmer zal komen vast te staan of zij werkelijk ingetreden zouden zijn. Daarnaast wordt, door het ontbreken van het objectief equivalent dat het Kaderbesluit wel kent, onvoldoende gegarandeerd dat het werkelijk gaat om misdrijven die een ernstige bedreiging voor staat of samenleving behelzen.

Niet slechts het bereik van de uitbreiding maar ook de omvang daarvan is (mogelijk) te ruim. Indien, zoals de minister meent, poging tot en voorbereiding van samenspanning eveneens strafbaar zijn, ontstaat strafbaarheid op een temporele afstand van het delict die niet kan worden gerechtvaardigd. Tenslotte moet worden opgemerkt dat bij de samenspanning (als, materieel, onvolkomen delictvorm) een inkeerregeling eigenlijk niet kan worden gemist.

### **3.4 Rekrutering voor de Jihad**

Naast de uitbreiding van het aantal gevallen van strafbare samenspanning bevat de tweede nota van wijziging nog een andere wijziging. Art. 205 Sr wordt zodanig gewijzigd dat strafbaar wordt het werven voor de gewapende strijd. De maximumstraf waarmee het delict bedreigd is, wordt verhoogd van één naar vier jaar.

#### **3.4.1 Noodzaak tot wijziging**

Ook deze strafbaarstelling is een uitvloeisel van de royale implementatie van het kaderbesluit waar de regering voor heeft gekozen. Het kaderbesluit verplicht immers niet tot een dergelijke strafbaarstelling. Daarbij valt op dat in art. 205 Sr nergens een verwijzing naar het terroristisch oogmerk of enig terroristisch misdrijf is opgenomen. Nu de WTM strekt ter *aanpassing en aanscherping van het materieel strafrecht ter bestrijding van terrorisme*, ligt het volgens de minister voor de hand om wijzigingen die hetzelfde doel beogen in dit wetsvoorstel in te voegen.

De reden voor de strafbaarstelling is gelegen in het feit dat deze aanpassing volgens de minister *vroegtijdig strafrechtelijk ingrijpen mogelijk maakt en daarmee het daadwerkelijk begaan*

van terroristische misdrijven kan voorkomen.<sup>308</sup> De verhoging van de strafmaat is niet in de laatste plaats ingegeven door de mogelijkheid dwangmiddelen toe te passen.<sup>309</sup> Als rechtvaardiging voor een hogere maximumstraf is dit geen sterk argument. Als de mogelijkheid om (vrijheidsbenemende) dwangmiddelen toe te passen moet worden uitgebreid, kan dit even effectief door art. 205 Sr op te nemen in art. 67 lid onder b Sv. Dat de noodzaak tot die uitbreiding bestaat zou dan daarenboven wel aannemelijk gemaakt moeten worden. De verruiming van de mogelijkheid dwangmiddelen toe te passen is echter niet de enige overweging geweest.

Ook de verscherpte afkeuring van het strafbaar gestelde gedrag is richtinggevend geweest voor die verhoging. Die verscherpte afkeuring volgt dan niet zo zeer uit het feit dat we het aanwerven voor de vreemde krijgsmacht zo veel erger zijn gaan vinden, maar veeleer uit het feit dat nu iets onder het bereik van de strafbepaling wordt gebracht dat hiervoor helemaal niet strafbaar was.

### 3.4.1.1 De gewapende strijd

Met de inwerkingtreding van de WTM wordt in art. 205 Sr de term *gewapende strijd* geïntroduceerd. Deze term treedt overigens niet in de plaats van de *vreemde krijgsmacht* maar wordt daarnaast gesteld. Deze nieuwe vorm van rekrutering kan volgens de toelichting zodanig desastreuze gevolgen hebben dat het hogere strafmaximum volledig gerechtvaardigd is.<sup>310</sup> In de toelichting stelt de minister dat betwijfeld kan worden of rekrutering voor de Jihad begrepen kan worden onder het aanwerven voor de vreemde krijgsmacht. Zijn twijfel komt voort uit de invulling die NLR geeft aan het begrip krijgsmacht in het commentaar bij art. 101 Sr. Wat dan onder die Jihad verstaan moet worden blijkt niet. Volstaan wordt met een vertaling in islamitische strijd.<sup>311</sup> Dan valt inderdaad moeilijk vast te stellen of die begrippen corresponderen.

In ieder geval moet worden vastgesteld dat het niet direct voor de hand ligt om te rade te gaan bij art. 101 Sr. Deze bepaling stelt immers strafbaar het in krijgsmacht treden bij een vreemde mogendheid terwijl het vooruitzicht van een oorlog met deze mogendheid bestaat. Dat bij de betekenis van het woord krijgsmacht in deze bepaling in de eerste plaats aan een staatsleger moet worden gedacht is logisch. Onder een buitenlandse mogendheid kan volgens NLR niets anders verstaan worden dan een Staat.<sup>312</sup> De materiële omschrijving die aan het begrip krijgsmacht wordt gegeven<sup>313</sup>, moet dus steeds bezien worden vanuit het perspectief van een staatsleger. Het commentaar bij art. 205 Sr leert dat *vreemde krijgsmacht niet alleen is de dienst van een erkende mogendheid, maar ook die van opstandelingen (met inbegrip van subversieve en terroristische groepen) in een vreemde staat*.<sup>314</sup> Veel duidelijker had er niet kunnen staan dat *krijgsmacht* in art. 205 Sr een andere betekenis heeft dan in art. 101 Sr. Vanuit dit perspectief is dit gedeelte van de wijziging niet noodzakelijk.

<sup>308</sup> TK 2003–2004, 28463, nr. 10, p. 7.

<sup>309</sup> TK 2002–2003, 28462, nr. 8, p. 4.

<sup>310</sup> TK 2003–2004, 28463, nr. 10, p. 8.

<sup>311</sup> TK 2002–2003, 28463, nr. 8, p. 4.

<sup>312</sup> Noyon, Langemeijer, Rammelink, o.c., aant. 4 bij art. 97 Sr.

<sup>313</sup> Noyon, Langemeijer, Rammelink, o.c., aant. 7 bij art. 101 Sr; TK 2002–2003, 28463, nr. 8, p. 4.

<sup>314</sup> Noyon, Langemeijer, Rammelink, o.c., aant. 4 bij art. 205 Sr.

Later maakt de minister echter duidelijk dat de wijziging niet zo zeer betrekking heeft op groepen die los staan van de legers van de staat, maar veeleer op oorlogsgeweld buiten groepsverband. Op verschillende plaatsen geeft de minister aan dat op deze wijze zeker wordt gesteld dat werving ook strafbaar is gesteld als de gewapende strijd buiten het verband van een organisatie gevoerd wordt of gevoerd gaat worden. Hij onderkent inmiddels dat ook groepen die niet tot het staatsleger gerekend kunnen worden (zoals milities) onder vreemde krijgsdienst als bedoeld in art. 205 Sr kunnen vallen, maar meent nu de verruiming nodig te hebben om op te kunnen treden als het organisatorisch verband ontbreekt.<sup>315</sup> Het gaat hier dus niet om het geval dat de werving niet in groepsverband plaatsvindt of het geval dat de werver niet behoort tot het samenwerkingsverband dat de gewapende strijd voert, maar om het geval dat die strijd überhaupt niet in georganiseerd verband plaatsvindt.

Volgens de minister moet sprake zijn van toepassing van ingrijpend geweld zoals dat wordt toegepast in oorlogssituaties of in een guerrillastrijd. Daarbij moeten we denken aan het schieten met kanonnen en dergelijke. In wezen mag er geen verschil met krijgsdienst bestaan.<sup>316</sup> Dit lijkt terecht. Zowel het bestanddeel *gewapende strijd* als de plaatsing in art. 205 Sr dwingt hiertoe. Het gaat dus nadrukkelijk om gevechtshandelingen en niet om suikerklontjes in de Jeeps van het Amerikaanse leger in Irak gooien. Nee, er moet gevochten worden en wel alleen. Het is volstrekt duister wat we ons hierbij moeten voorstellen. De oude strafbepaling dekte reeds alle gevallen die redelijkerwijs denkbaar zijn. Dit gedeelte van de wijziging voegt derhalve niets toe.

### 3.4.1.2 Werven

De tweede wijziging van art. 205 Sr is dat het woord *aanwerft* wordt vervangen door *werft*. De strekking van deze wijziging is niet langer te eisen dat de gerekruteerde positief heeft gereageerd op de inspanningen van de rekruteerder. Van *aanwerven* was immers eerst sprake als een verbintenis tot stand kwam tussen werver en geworvene. Waar hiervoor dus sprake was van een poging, is het delict nu voltooid wanneer de werver het zijne heeft gedaan om een persoon te werven. Het tot stand komen van een verbintenis of het overeenkomen van een tegenprestatie is niet langer vereist.<sup>317</sup>

Daarmee onderscheidt de activiteit zich nauwelijks van de deelneming zoals die wordt omschreven in het nieuwe vierde lid van art. 140 Sr. Als de werver behoort tot het samenwerkingsverband kunnen zijn wervingsactiviteiten als deelneming aan de organisatie worden aangemerkt. Dat de organisatie in het buitenland gevestigd is en daar haar activiteiten ontplooit doet niet ter zake. Van belang is dat Nederland rechtsmacht heeft ten aanzien van de deelnemingshandeling en dat de organisatie tot oogmerk heeft feiten te plegen die naar Nederlands recht misdrijven zijn.<sup>318</sup>

Alhoewel het terroristisch oogmerk in art. 205 Sr niet is terug te vinden, zal meestal wel een terroristisch oogmerk aanwezig zijn. Als de organisatie strijdt tegen het staatsleger bestaat het oogmerk om een overheid te dwingen. Dat zal doorgaans ook wel onrechtmatig zijn omdat de gevechtshandelingen misdrijven zijn. Ditzelfde geldt als tegen een bezettingsmacht wordt bestreden. Oorlogshandelingen tegen een vredes-

<sup>315</sup> TK 2003–2004, 38463, nr. 10, p. 9, 12; Hand. TK 2003–2004, nr. 33, p. 2345.

<sup>316</sup> Hand. TK 2003–2004, nr. 33, p. 2346.

<sup>317</sup> TK 2002–2003, 28463, nr. 8, p. 4.

<sup>318</sup> Zie hierover paragraaf 3.1.1.4.



macht kunnen gebracht worden onder het oogmerk een internationale organisatie wederrechtelijk ergens toe te dwingen. Worden de pijlen gericht op een bevolking(sgroep) dan kan sprake zijn van het oogmerk een (deel der) bevolking ernstige vrees aan te jagen of het oogmerk de fundamentele sociale structuren van een land te vernietigen.

In veel gevallen levert werving dus gewoon deelneming aan een terroristische organisatie op. En anders gaat het altijd nog om deelneming aan een criminele organisatie. Indien de werver zelf geen deel uitmaakt van het samenwerkingsverband gelden zijn deelnemingshandelingen niet als deelneming. Maar deze handelingen zijn bedoeld om de persoon die geworven wordt deel te laten nemen aan die organisatie. Er is met andere woorden sprake van uitlokking of poging tot uitlokking van deelneming aan een criminele of zelfs terroristische organisatie. Zelfs op de 'lichtste' variant daarvan staat geen lagere straf dan op het vervullen van de delictomschrijving van art. 205 Sr.<sup>319</sup> In dat laatste geval moet uiteraard wel één van de uitlokkingsmiddelen van art. 47 lid 1 onder 2° Sr zijn aangewend. Die opsomming is evenwel zo ruim dat van *werven* eigenlijk geen sprake lijkt te kunnen zijn indien niet zodanig middel is aangewend. Juist vanwege de mogelijkheid om te werven voor een strijd zonder dat het bestaan van een organisatie kan worden aangetoond zou deze werving volgens de minister apart strafbaar gesteld moeten worden. Die situatie lijkt nauwelijks bestaanbaar.

### 3.4.2 Gevolgen van de wijziging

Door zowel de eis dat een verbintenis tot stand komt als die van een tegenprestatie los te laten, geeft de wetgever een ruimer bereik aan art. 205 Sr. Het delict is nu voltooid als de dader een ander probeert te bewegen aan een gewapende strijd deel te nemen. Voor strafbaarheid is niet eens vereist dat de strijd waarvoor geworven wordt reeds aangevangen is.<sup>320</sup>

Het heeft er alle schijn van dat ook steeds andere strafbepalingen van toepassing zullen zijn. Zo is de combinatie samenspanning tot terroristische moord, (uitlokking van) deelneming aan een terroristische organisatie en werven voor de gewapende strijd goed denkbaar. Bij samenspanning zou een probleem kunnen zijn dat het terroristisch misdrijf waarvan het plegen overeengekomen is, onvoldoende vaststaat.

Als iemand met een ander overeenkomt om in de nabije toekomst in bijvoorbeeld Tsjetsjenië of Afghanistan aan de gewapende strijd deel te gaan nemen, is denkbaar dat (nog) geen sprake is van strafbare samenspanning. In paragraaf 3.3 bleek dat geen volledige overeenstemming bestaat over het antwoord op de vraag hoe concreet de gemaakte afspraken moeten zijn om van strafbare samenspanning te kunnen spreken. In de ruime opvatting lijkt het ontbreken van concrete plannen met betrekking tot de precieze plaats waar, het tijdstip en de wijze waarop en de persoon waartegen het misdrijf gepleegd gaat worden niet aan de strafbaarheid van de samenspanning in de weg te hoeven staan. Als maar voldoende zekerheid bestaat over de aard van het misdrijf en de periode waarbinnen het misdrijf gepleegd zal moeten worden. Gezien de nadruk die de minister legt op de strafwaardigheid van het kenbaar gemaakte voornemen lijkt voor de hand te liggen dat hem deze ruime uitleg voor ogen staat. Voor de uiteindelijke maximumstraf maakt het overigens niet veel uit of de samenspanning nog naast de

<sup>319</sup> Art. 46a j° art. 140 lid 1 j° art. 45 lid 2 Sr.

<sup>320</sup> TK 2003–2004, 28463, nr. 10, p. 12.

(uitlokking tot) deelneming aan een terroristische organisatie ten laste wordt gelegd. Op laatstgenoemd feit staat een maximumstraf van vijftien jaar. Art. 57 Sr maakt duidelijk dat bij meerdaadse samenloop cumulatie van straffen niet verder plaatsvindt dan tot maximaal een derde van die vijftien jaar. Dat is dan dus vijf jaar. Daarvan kan vier jaar bij art. 205 Sr gevonden worden. De samenspanning voegt dan nog slechts één jaar toe.

Indien de gewapende strijd niet (mede) zal bestaan in het begaan van terroristische misdrijven zal de deelneming slechts betrekking kunnen hebben op de gewone criminele organisatie. Dan zou de samenspanning een grotere rol kunnen spelen. Het kan daarbij dan echter alleen gaan om een van de oudere samenspanningbepalingen (het terroristisch misdrijf is er immers niet). Het gevaar of, afhankelijk van het ingenomen perspectief, de mogelijkheid van bestraffing wegens samenspanning en wegens rekrutering doet zich dan niet vaak voor. Niettegenstaande het feit dat meerdaadse samenloop met samenspanning niet altijd voorkomt en dat waar die samenloop wel voorkomt de strafverhoging beperkt blijft, hadden samenloopproblemen meer aandacht verdient tijdens de parlementaire behandeling. Dat art. 205 Sr eigenlijk gewoon als strafverhoging functioneert voor (uitlokking van) deelneming aan een criminele of terroristische organisatie is niet of nauwelijks aan de orde geweest. Het belang van die constatering mag evenwel niet worden overschat. Het oude art. 205 Sr was immers nauwelijks beperkter dan het nieuwe. Alleen de verandering van *aanwerft* in *werft* lijkt werkelijk enige betekenis te hebben.

### 3.5 Gemeengevaarlijke misdrijven

Op verschillende plaatsen werd hiervoor aandacht besteed aan de gemeengevaarlijke misdrijven van, met name, Titel VII van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht. In paragraaf 2.1.1.2 kwam aan de orde dat het te duchten zijn van het in de delictsomschrijving van het betreffende misdrijf genoemde gevaar steeds aan het subjectief bestanddeel van die delictsomschrijving is onttrokken. Het gaat om een gevaar waarvan het ontstaan door een redelijk voorzichtige mens kan worden voorzien. Of de dader het mogelijke ontstaan van dit gevaar ook heeft voorzien of had moeten voorzien is dus niet relevant.

Het feit dat voor het te duchten zijn van gevaar niet vereist is dat de dader de mogelijkheid heeft (kunnen) voorzien dat het gevaar zou ontstaan, brengt evenwel niet mee dat opzet op de verwezenlijking van het gevaar aan een veroordeling wegens gemeengevaarlijk misdrijf in de weg staat. Indien de dader het mogelijke ontstaan van dit gevaar wel heeft voorzien (en op de koop toe heeft genomen) of zelfs heeft beoogd komen zowel de strafbepalingen betreffende de gemeengevaarlijke misdrijven als de strafbaarstellingen van de dodelijke geweldsmisdrijven voor toepassing in aanmerking.<sup>321</sup> In paragraaf 2.1.1.2 bleek dat de wetgever met de invoering van de WTM een groot aantal gemeengevaarlijke misdrijven tot terroristisch misdrijf heeft gemaakt indien zij zijn begaan met een terroristisch oogmerk.

<sup>321</sup> In paragraaf 6.5.3 zal aandacht worden besteed aan de samenloopproblemen die ontstaan indien de verdachte gelijktijdig wordt vervolgd voor een gemeengevaarlijk misdrijf en het opzettelijk veroorzaken van een gevolg van dat misdrijf.

In deze paragraaf staan in de eerste plaats de wijzigingen die de WTM ten aanzien van (het daderschap van) de gemeengevaarlijke misdrijven zelf heeft meegebracht centraal. Vervolgens zal in het bijzonder aandacht worden besteed aan de strafbaarstelling van samenspanning tot terroristische gemeengevaarlijke misdrijven. In dat verband komen met name afwijkingen van de systematiek van strafbaarstelling van samenspanning in de WTM en de consistentie van sanctienormen aan de orde.

### 3.5.1 Noodzaak tot wijziging art. 172 e.v. Sr

Met de WTM zijn de art. 172, 173, 173a en 173b Sr gewijzigd. Deze bepalingen stellen, kort gezegd, de vergiftiging van het drinkwater, dan wel de belemmering van de drinkwatervoorziening en de verontreiniging van het oppervlaktewater, de bodem of de lucht als *doleus* en *culpoos* delict strafbaar. De nieuwe tekst stelt op het eerste gezicht minder hoge eisen aan de wetenschap die de dader voor het ontstaan van strafbaarheid gehad moet hebben.

De art. 172-173b Sr stellen het wederrechtelijk toevoegen van stoffen aan het drink- of oppervlaktewater strafbaar. Bij de opzettelijke varianten is niet vereist dat het opzet tevens betrekking heeft op de wederrechtelijkheid.<sup>322</sup> Ook indien de dader ten onrechte meende tot toevoeging van de stof (of belemmering van de drinkwatervoorziening) gerechtigd te zijn, kan strafbaarheid ontstaan. Voor strafbaarheid op grond van deze bepalingen is wel vereist dat *daarvan (gevaar voor de openbare gezondheid of)*<sup>323</sup> *(levens)gevaar*<sup>324</sup> *voor een ander te duchten is*. Onder *gevaar voor een ander* dient gevaar voor de gezondheid verstaan te worden.<sup>325</sup>

In paragraaf 3.1.1.2 kwam al aan de orde dat niet vereist is dat dit gevaar ook daadwerkelijk ontstaat. Voldoende is dat de handeling naar haar aard geëigend is om het gevaar te doen ontstaan. Beoordeling van de handeling en de kans op het ontstaan van gevaar als gevolg daarvan dient *ex ante* plaats te vinden. De reële kans op aantasting van het betreffende rechtsgoed die van te voren voorzienbaar was, mag als te duchten gevaar worden aangemerkt. Consequenties die redelijkerwijs niet konden worden voorzien, moeten buiten beschouwing blijven, zelfs als zij feitelijk intreden.<sup>326</sup> De *doleuse* basisdelicten kennen een strafmaximum van twaalf jaren. De sanctienorm van de *culpose* variant is steeds één jaar gevangenisstraf. Deze straffen worden verhoogd in geval het feit iemands dood ten gevolge heeft. De *doleuse* varianten worden in dat geval bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren, de *culpose* met twee jaren gevangenisstraf.

#### 3.5.1.1 Art. 172 en volgende Sr voor de inwerkingtreding van de WTM

Voor de inwerkingtreding van de WTM was voor strafbaarheid op grond van deze bepalingen vereist dat *de schuldige weet of ernstige redenen heeft om te vermoeden dat daarvan (gevaar voor de openbare gezondheid of) (levens)gevaar voor een ander te duchten is*. Daarmee

<sup>322</sup> R Emmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 218, 219.

<sup>323</sup> Dit gevaar komt slechts voor in de art. 16quater, 161quinquies, 173a en 173b Sr.

<sup>324</sup> Art. 172 lid 1 onder 1° Sr eist slechts dat *daarvan gevaar voor een ander te duchten is*. Alle andere bepalingen (art. 172 lid 1 onder 2° en de art. 173-173b Sr) eisen dat *daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is*.

<sup>325</sup> T&C Sr, aant. 10 e) bij art. 172.

<sup>326</sup> C. Waling, Het materiële milieustrafrecht, Monografieën strafrecht (12), Gouda Quint, Arnhem, 1990, p. 38, 39.

eiste de bepaling naast het opzet op of de schuld aan de handeling dus een zekere wetenschap van de dader omtrent de (mogelijke) gevolgen van zijn handelen.

Bij de vergiftiging en verontreiniging had die wetenschap betrekking op de eigenschappen van de stof die aan het water wordt toegevoegd. Wat de betekenis van deze eis behelst ten aanzien van de belemmering van de openbare drinkwatervoorziening is niet geheel duidelijk. Zelfs indien de belemmering van dien aard is dat het herstel van de voorziening enkele weken vergt, zal niet licht (levens)gevaar voor een ander te duchten zijn. De beschikbaarheid van drinkbare vloeistoffen die niet uit de kraan vloeien is in onze huidige samenleving zo algemeen dat het uitschakelen van de openbare drinkwatervoorziening mijns inziens hooguit ongemak veroorzaakt (niet kunnen douchen, de auto niet kunnen wassen, het gazon niet kunnen besproeien e.d.). Dat wordt hooguit anders indien de onderbreking zeer langdurig is en bijvoorbeeld gepaard gaat met het lamleggen van de bronwatervoorzieningen waar frisdrankfabrikanten van afhankelijk zijn.

Wat daarvan verder ook zij, centraal stond de wetenschap van de dader omtrent de gevaren die zouden kunnen ontstaan door zijn handelen. Naast deze subjectieve wetenschap eiste de formulering ook dat dit gevaar werkelijk, dus objectief beschouwd, kan ontstaan. Hoezeer de dader ook overtuigd is van de gevaarlijke eigenschappen van een stof als het gevaar niet kan ontstaan, is geen sprake van een schuldige die *weet of ernstige redenen heeft om te vermoeden*.<sup>327</sup>

### 3.5.1.2 Motivering van de wijziging

Met de inwerkingtreding van de WTM zijn de woorden *de schuldige weet of ernstige redenen heeft om te vermoeden dat* geschrapt uit de art. 172-173b Sr. Nu is derhalve nog slechts vereist dat het gevaar, in objectieve zin, van de handeling te duchten is.

De wijziging van deze bepalingen bij de WTM heeft in de parlementaire behandeling weinig aandacht getrokken. De memorie van toelichting merkt op dat de wijziging voor de art. 172 en 173a Sr voortvloeit uit het kaderbesluit. De eis dat het gevaar te duchten is, zou sporen met het kaderbesluit. Dat geldt dan niet voor eisen omtrent wetenschap of ernstige vermoedens. Overigens is deze eis niet alleen het kaderbesluit onbekend, ook de andere gemeengevaarlijke misdrijven in het Wetboek van Strafrecht stellen hem niet voor daderschap. Het schrappen van deze eis leidt dan dus tot een passende implementatie van het kaderbesluit en een sterkere samenhang tussen de gemeengevaarlijke misdrijven onderling. In verband met dit laatste ligt het voor de hand de culpose varianten in dezelfde zin aan te passen, aldus nog steeds de toelichting.<sup>328</sup>

Op deze rechtvaardiging van de aanpassing van de betreffende bepalingen kan de nodige kritiek worden geleverd. Allereerst betreft dat de stelling dat de aanpassing voortvloeit uit het kaderbesluit.

### Het Kaderbesluit

In paragraaf 1.4.2 werd opgemerkt dat het Kaderbesluit niet verplicht tot de strafbaarstelling van feiten die niet reeds strafbaar waren. De stelling dat door de aanpassing van

<sup>327</sup> Waling, Het materiële milieustrafrecht, o.c., p. 28; Koopmans, De strafbaarstelling van milieuverontreiniging, o.c., p. 273.

<sup>328</sup> TK 2001-2002, 28463, nr. 3, p. 7.

de delictsomschrijvingen van de art. 172-173b Sr het Kaderbesluit op passende wijze wordt geïmplementeerd, is dus onjuist voor zover daarmee bedoeld wordt dat met het nalaten daarvan het Kaderbesluit niet passend zou worden geïmplementeerd. Indien de toelichting dat niet bedoelt te stellen, is sprake van een formulering die lijkt te willen verhullen dat we hier in feite (weer) te maken hebben met een voorbeeld van de royale implementatie waarvoor de minister gekozen heeft. Op zichzelf pleit vanzelfsprekend niets ertegen om onverplicht aansluiting te zoeken bij de terminologie van het Kaderbesluit. Dat behoeft dan echter wel een rechtvaardiging die in de memorie van toelichting ontbreekt.

De veronderstelling dat het te duchten zijn van gevaar aansluit op de terminologie van het Kaderbesluit is overigens feitelijk onjuist. Art. 1 lid 1 onder g en onder h Kaderbesluit heeft onder meer betrekking op de gedragingen van de onderhavige bepalingen. Als terroristisch misdrijf moeten worden aangemerkt: *het laten ontsnappen van gevaarlijke stoffen (...) het verstoren of onderbreken van de toevoer van water (...) waardoor mensenlevens in gevaar worden gebracht* (uiteraard indien begaan met een terroristisch oogmerk en indien zij naar hun aard of context een land of internationale organisatie ernstig kunnen schaden). In drie opzichten wijkt de formulering van het Kaderbesluit af van de formulering in de art. 172-173b Sr.

Allereerst is het voor de Nederlandse strafbepalingen niet relevant of het gevaar daadwerkelijk is ontstaan. Als redelijkerwijs gevreesd kon worden voor het ontstaan van het gevaar is voldaan aan de eis van de art. 172-173b Sr. Het Kaderbesluit spreekt van feiten waardoor mensenlevens in gevaar worden gebracht. Het gevaar moet dus werkelijk bestaan hebben.

Ten tweede is niet alle gevaar dat als gevolg van de in de Nederlandse strafbepalingen ontstaat (of kan ontstaan) redelijkerwijs te voorzien. Slechts het gevaar dat van te voren redelijkerwijs verwacht kan worden is te duchten. De formulering van het Kaderbesluit heeft betrekking op alle levensgevaar dat daadwerkelijk is ontstaan door de betreffende gedraging. In hoeverre dat gevaar kon worden voorzien, speelt geen rol.

Ten derde beperkt het Kaderbesluit zich tot levensgevaar, terwijl in de art. 172-173b Sr in sommige gevallen ook gewoon gevaar of gevaar voor de openbare gezondheid voldoende zijn voor daderschap.

Indien dus inderdaad een rechtvaardiging zou kunnen worden gevonden voor aanpassing van de art. 172-173b Sr aan het kaderbesluit moet worden vastgesteld dat deze aanpassing onzorgvuldig heeft plaatsgevonden. Het komt mij overigens voor dat de term *duchten* heel dienstbaar kan zijn bij strafbepalingen die zich richten op verschillende manifestaties van internationaal terrorisme. Dat geldt ook voor bepalingen die zich richten op het intreden van een bepaald gevolg of het ontstaan van een bepaald gevaar. Het gevaar dat door de betreffende handeling veroorzaakt kan worden, zal doorgaans een ieder bekend zijn. Dan immers is het terroriserend effect het grootst. Dan kan dus gesteld worden dat het gevaar te duchten was. Dat dit ook door de toepasselijke strafbepaling wordt geëist, is niet misplaatst. Zou het kaderbesluit dus wel tot strafbaarstelling hebben verplicht dan zou dat mijns inziens zeer wel hebben kunnen plaatsvinden door een strafbaarstelling die eist dat van de handeling een bepaald gevaar is te duchten. Daar was evenwel geen wetswijziging voor nodig. Ook de oude redactie voldeed immers goed. Die eiste dat de dader het te duchten gevaar kende, hetgeen bij een terroristische daad steeds het geval zal zijn. Als de minister stelt dat die redactie strikt ge-

nomen niet correspondeert met de tekst van het kaderbesluit heeft hij volledig gelijk. Voor de tekst die daarvoor met de inwerkingtreding van de WTM in de plaats is getreden geldt dat echter evenzeer.

### **Gemeengevaarlijke misdrijven**

De stelling dat de dader bij andere gemeengevaarlijke misdrijven wetenschap noch ernstige vermoedens behoeft te hebben gehad, is volledig juist. Dat die vaststelling de hier besproken wijziging kan dragen, vermag ik evenwel niet in te zien. Verschillende misdrijven zullen altijd wel verschillende bestanddelen blijven bevatten. Daar zijn zij immers verschillend voor. Dat zij de categorisering gemeengevaarlijk misdrijf delen, brengt geenszins mee dat de voorwaarden voor strafbaarheid, de kwalificerende gevolgen of de sanctienormen moeten worden geüniformeerd. Voor uniformering kunnen overigens wel goede redenen bestaan, maar dat geldt ook voor de handhaving van verschillen. Zonder toetsing van de actuele waarde van de gronden waarop de wetgever destijds voor de afwijkende redactie heeft gekozen of zonder vaststelling dat deze gronden nooit bestaan hebben, ontbreekt iedere grond voor uniformering.

Niet alleen is onduidelijk waarom de uniformering plaatsvindt, maar ook de redenen voor de wijze waarop dit gebeurt, blijven duister. Dat had immers net zo goed gekund door voor het daderschap aan alle andere gemeengevaarlijke misdrijven te eisen dat de schuldige weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat van zijn handeling een bepaald gevaar te duchten is.

### **Conclusie**

De conclusie kan geen andere zijn dan dat de verantwoording voor de noodzaak, of zelfs maar de wenselijkheid, van de wijziging die de WTM heeft aangebracht in de art. 172-173b Sr ondermaats is. Daarmee is evenwel (nog) niet gezegd dat de gevolgen van deze wijziging groot en / of betreurenswaardig zijn. Met andere woorden: kan inderdaad geen rechtvaardiging gevonden worden voor een zekere uniformering van de verschillende gemeengevaarlijke misdrijven en, bij een bevestigende beantwoording van die vraag, zou dat niet juist de onderhavige uniformering moeten zijn?

### **3.5.2 Gevolgen van de wijziging**

Door het schrappen van de woorden *indien de schuldige weet of ernstige redenen heeft om te vermoeden*, is niet langer vereist dat de dader feitelijk wist of feitelijk vermoedde dat van zijn handelen een bepaald gevaar te vrezen viel. De vraag wordt dan of tenminste nog vereist is dat de dader had kunnen (en wellicht zelfs) moeten voorzien wat de gevolgen van de betreffende gedraging zouden (kunnen) zijn. Dat zou kunnen volgen uit het gebruik van het woord *duchten* dat nog steeds in de art. 172-173b Sr voorkomt. Hiervoor werd reeds meerdere keren opgemerkt dat *duchten* bij gevaarzettingsdelicten inhoudt dat een voorzichtige mens het ontstaan van gevaar van tevoren kon voorzien. Wat de dader feitelijk voorzien heeft, is irrelevant. Het gaat om een objectieve toets aan algemene ervaringsregels.

#### **3.5.2.1 Duchten in de art. 172 en volgende Sr**

Met name in literatuur op het gebied van het milieu(straf)recht wordt wel een ruimere betekenis van *duchten* voorgestaan. In algemene zin wordt ook hier de criteriumfiguur (de gemiddelde of voorzichtige mens) als uitgangspunt genomen. Heeft de betrokken

dader evenwel een hoger kennisniveau dan zijn die uitgebreidere kennis en ervaring maatgevend voor het te duchten zijn van gevaar. In het bijzonder ten aanzien van de art. 172-173b Sr wordt wel betoogd dat niet uitgegaan moet worden van het kennisniveau van de gemiddelde of voorzichtige mens, maar van dat van de expert.<sup>329</sup>

Het lijkt terecht dat ten aanzien van stoffen die gevaar voor mens en milieu op kunnen leveren uitgegaan wordt van een ruimere uitleg van het begrip *duchten*. Zou hier immers voor de beperkte uitleg zijn gekozen dan zou men straffeloos (althans voor wat betreft de art. 172-173b Sr) allerlei gevaarlijke stoffen in het drink- of oppervlaktewater kunnen lozen. De voorzichtige mens heeft immers niet het kennisniveau van een toxicoloog. Bij delicten als brandstichting speelt dit gevaar niet. Van de voorzichtige mens kan immers wel verwacht worden dat hij de gevaarlijke eigenschappen van vuur kent. Tegen deze ruime uitleg van het begrip *duchten* bestonden weinig bezwaren. Met name was er geen gevaar dat allerlei nietsvermoedende burgers wegens de misdrijven van de art. 172-173b Sr veroordeeld zouden worden. Voor een veroordeling op grond van deze bepalingen was immers vereist dat de dader wetenschap of ernstige vermoedens had van het gevaar dat hij in het leven riep.

De uniformering van gevaarzettingsdelicten die met de inwerkingtreding van de WTM werd gerealiseerd zou aldus slechts schijn kunnen zijn. Tekstueel sluiten de bepalingen weliswaar beter op elkaar aan, de betekenis van hetzelfde woord in verschillende delictomschrijvingen is echter mogelijk verschillend. Daarmee zou ook het bereik van de bepalingen verschillend zijn, als gevolg waarvan geen uniformering tot stand gekomen is. Die uniformering zou alsnog kunnen ontstaan door in het vervolg aan de term *duchten* dezelfde beperkte betekenis toe te dichten als bij andere gevaarzettingsdelicten. Dan zouden echter alsnog allerlei stoffen waarvan de gevaarlijke eigenschappen de dader wel, maar het grote publiek niet bekend zijn straffeloos (voor zover het art. 173a Sr betreft) kunnen worden geloosd. Dat is niet aanvaardbaar. Dat is ook zeker niet de bedoeling van de wetgever geweest. Die beoogde immers een verruiming en zeker geen beperking van het bereik van de art. 172-173b Sr.

De verruiming die nu gecreëerd is, kan echter wel ver gaan. Zo lijkt geenszins uitgesloten dat de bestuurder van een tankwagen die in opdracht van zijn werkgever de hem onbekende, maar giftige, inhoud van de tank achter zijn voertuig in het water loost binnen het bereik van art. 173a Sr komt. Dat hij niet wist dat het lozen illegaal was, baat hem niet omdat art. 173a Sr geen opzet op de wederrechtelijkheid eist. Dat hij niet wist dat de inhoud van de tank giftig was, doet evenmin ter zake. Of de chauffeur ook zal worden bestraft is onzeker. Mogelijk komt hem een beroep op afwezigheid van alle schuld (*avas*) toe. Daarvoor is niet slechts vereist dat de rechter de onwetendheid van de chauffeur aannemelijk geworden acht, maar tevens dat hij van mening is dat de chauffeur niet beter behoefde te weten. Onder de oude redactie van art. 173a Sr was voor daderschap niet voldoende dat de chauffeur beter had moeten weten. Voor de gevallen dat de chauffeur inderdaad geen enkel verwijt kan worden gemaakt, is zijn strafrechtelijke positie in zoverre zwakker dan voor de inwerkingtreding van de WTM dat hij wel de onder de oude redactie door het strafrechtelijk bewijsrecht van de art. 338 e.v. Sv geboden bescherming moet missen.

<sup>329</sup> Waling, Het materiële milieustrafrecht, o.c., p. 27, 28; Koopmans, De strafbaarstelling van milieuverontreiniging, o.c., p. 273.

Nu kan men hiertegen inbrengen dat als de chauffeur wel beter had moeten weten, bestraffing helemaal niet misplaatst is. Sterker, onder de oude redactie kon de werkgever van de chauffeur alleen worden bestraft wegens overtreding van art. 173a Sr indien hij tenminste het ernstige vermoeden had dat van deze lozing gevaar voor de openbare gezondheid of levensgevaar voor een ander te duchten was. Die werkgever wist toch in ieder geval dat de lozing illegaal was en had zich dan toch maar beter in de aard van de geloosde stof moeten verdiepen? Op zich is dat juist. Wie illegaal stoffen loost, heeft dan ook maar in te staan voor de gevolgen van die lozing. Dat is echter niet waar het in de art. 172–173b Sr om draait. De kern van die bepalingen ligt niet in de verontreiniging maar in het gevaar dat daarvan te duchten is. Juist omdat de dader dat gevaar moest kennen of ernstig vermoeden, was de sanctienorm van twaalf jaren onder de oude redactie van de art. 172 lid 1 onder 1° en art. 173a onder 1° Sr gerechtvaardigd. De strafwaardigheid van de lozingshandeling zelf is daaraan in deze bepalingen volstrekt ondergeschikt. Dat wordt ook bevestigd door het opschrift van Titel VII van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht, *Misdrijven waardoor de algemene veiligheid van personen of goederen in gevaar wordt gebracht*. Voor de illegale lozing van afvalstoffen en schadelijke of gevaarlijke stoffen bestaan immers aparte strafbepalingen.<sup>330</sup>

In het hier gegeven voorbeeld zou de lozing volgens art. 6 lid 1 onder 1° j° art. 1a onder 1° WED j° art. 1 lid 1 of lid 3 Wet verontreiniging oppervlaktewateren bestraft kunnen worden met zes jaren gevangenisstraf of geldboete van de vijfde categorie. Dat is toch ook niet bepaald mild? Tegen die achtergrond is de sanctienorm van twaalf jaren gevangenisstraf voor overtreding van de art. 172 en 173a Sr in geval de dader geen besef had van het gevaar dat te duchten was van zijn handelen overdreven. Vanwege die sanctienorm en vanwege het feit dat de gevaarstelling van de handeling, in tegenstelling tot de andere gevaarzettingssdelicten uit deze Titel, niet steeds evident is, komt de uitbreiding die de WTM aan het bereik van de art. 172–173b Sr heeft gegeven mij onaanvaardbaar voor.

### 3.5.2.2 ‘Duchten’ geüniformeerd

Uit het voorgaande volgt dat er goede redenen zijn om het bereik van het bestanddeel *duchten* in de art. 172–173b Sr te beperken. Alhoewel de rechter formeel niet gebonden wordt door de wil van de wetgever maar door de tekst van de wet, kan de parlementaire geschiedenis van de wijziging bij beantwoording van de vraag of er ruimte bestaat voor de beperking van de betekenis van het bestanddeel van groot belang zijn.

De memorie van toelichting gaat er vanuit dat door het schrappen van de eis van wetenschap of ernstig vermoeden een verruiming van het bereik van deze bepalingen wordt bewerkstelligd. De wenselijkheid van een dergelijke uitbreiding wordt echter niet als zelfstandige grond voor de wijziging aangevoerd. Dat de wijziging als een uitbreiding wordt beschouwd, lijkt vooral een gevolg van het feit dat de wetgever een verkeerde uitleg gaf aan het bestanddeel *duchten* in de art. 172–173b Sr.

<sup>330</sup> Art. 1a onder 1° en 2° Wet economische delicten (WED) stellen overtreding van een groot aantal bij of krachtens verschillende wetten gestelde voorschriften strafbaar. In het onderhavige verband zijn met name de volgende wetten die daar genoemd worden van belang: Wet bodembescherming, Wet inzake de luchtverontreiniging, Wet milieubeheer, Wet milieugevaarlijke stoffen en de Wet verontreiniging oppervlaktewateren.



De voornaamste reden voor de aanpassing is geweest om de tekst van de betreffende bepalingen in lijn te brengen met het kaderbesluit. Hierboven werd gesteld dat de wijziging er niet in slaagt de tekst van deze bepalingen met die van het kaderbesluit in overeenstemming te brengen. De tekst van het kaderbesluit gaat immers uit van een beoordeling *ex post* (is feitelijk gevaar ontstaan), terwijl ook de ruime betekenis van *duchten* in de art. 172-173b Sr een beoordeling *ex ante* (kan gevaar worden verwacht) meebrengt. Ook de verschillende vormen gevaar die de art. 172-173b Sr respectievelijk het kaderbesluit eisen, staat aan de conclusie dat de tekst van deze bepalingen nu in lijn met elkaar zijn in de weg. Dat is ook helemaal niet bezwaarlijk omdat tot deze vorm van uniformering ook helemaal geen verplichting bestaat. De minister meende echter dat deze tekst meer recht deed aan het kaderbesluit. Daarnaast zag hij het feit dat een eenduidige redactie van de verschillende gevaarzettingsdelicten tot stand kwam als een bijkomend voordeel.

Het feit dat *duchten* in verschillende strafbepalingen verschillende betekenissen heeft, blijkt verwarrend te werken. Het is zelfs waarschijnlijk dat de wetgever niet beter weet dan dat *duchten* in deze bepalingen dezelfde betekenis heeft als in bijvoorbeeld art. 157 Sr. Hoe zou hij anders hebben kunnen menen dat op deze wijze uniformering tot stand kan worden gebracht? In ieder geval bestond de behoefte of vermeende noodzaak tot aanpassing niet ten aanzien van art. 157 Sr, terwijl het kaderbesluit brandstichting en het veroorzaken van een ontploffing in één adem noemt met het laten ontsnappen van gevaarlijke stoffen en het verstoren of onderbreken van de toevoer van water. Kennelijk was de wetgever dus van mening dat het te *duchten* zijn van levensgevaar in art. 157 Sr voldoende overeenstemt met het in gevaar brengen van mensenlevens in het kaderbesluit.

Dit alles pleit er eerder voor dan tegen *duchten* in de art. 172-173b Sr hetzelfde uit te leggen als in de art. 157, 161, 161bis, 161quater, 161quinquies, 161sexies, 162, 162a, 166, 168 en 170 Sr.

Hiervoor werd echter eveneens opgemerkt dat het uitgangspunt van de gemiddelde, voorzichtige mens een lacune laat. Die lacune zou (goeddeels) kunnen worden gedicht door de werkelijke kennis van de dader doorslaggevende betekenis toe te kennen in het geval dat hij over meer kennis beschikt dan de gemiddelde mens. Die uitleg past naadloos op opvattingen in het milieustrafrecht. Deze uitleg geeft de art. 172-173b Sr een beperkter bereik dan zij hadden voor de inwerkingtreding van de WTM. De schuldige die niet weet, maar wel ernstig vermoedt dat zijn door zijn gedraging levensgevaar voor een ander kan ontstaan, komt immers niet (meer) binnen het bereik van deze bepalingen. Die zeer beperkte inkrimping verdient de voorkeur boven de, waarschijnlijk eveneens beperkte, uitbreiding die de ruime uitleg van *duchten* teweeg zou hebben gebracht.

Die ruime uitleg zou immers hebben meegebracht dat de relatie tussen de kern van het delict en de subjectieve bestanddelen in de delictsomschrijving te zwak zou zijn geworden. Bij misdrijven is er altijd een subjectief bestanddeel, meestal een variant van opzet soms van schuld.<sup>331</sup> Juist dat subjectieve bestanddeel rechtvaardigt het tamelijk zware verwijt dat een veroordeling wegens misdrijf per definitie behelst. De dader kan

<sup>331</sup> Mevis, *Capita Strafrecht*, o.c., p. 594.

immers niet volhouden dat het ontstaan van het gevolg buiten zijn macht heeft gelegen. Ook de art. 172 en 173a Sr bevatten een subjectief bestanddeel, te weten *opzettelijk*.

Dat opzet heeft echter geen betrekking op een belangrijk onderdeel van het delict, te weten het (mogelijk) ontstaan van een bepaald gevaar. Dat geldt weliswaar ook voor andere gevaarzettingsdelicten en strafverzuwarende omstandigheden, maar daar is de band met het subjectieve bestanddeel toch steeds sterker. Ieder weldenkend mens kan immers het ontstaan van de gevaren die volgens de betreffende delictsomschrijvingen van de gedraging te duchten moeten zijn, voorzien. De weldenkende mens waar ons strafrecht van uitgaat kan dan het feit dat dit gevaar van dit handelen te duchten was, worden tegengeworpen. Bij de gevaren die volgens de art. 172-173b Sr van een bepaalde handeling te duchten moeten zijn, ligt dit dus anders. Met de hier verdedigde uitleg wordt dus niet alleen een grotere eenvormigheid van de redactie van de verschillende delictsomschrijvingen bewerkstelligd. Tevens wordt voorkomen dat strafbaarheid ontstaat in verband met het ontstaan van een gevaar waarvan redelijkerwijs niet kan worden verwacht dat men dit kon voorzien.

### 3.5.2.3 Afsluiting

Tijdens de parlementaire hoorzitting van deskundigen waaraan eerder reeds werd gerefereerd noemde Buruma de wijziging *stiekem*. Hij geeft niet expliciet aan wat hij precies stiekem vindt, maar beperkt zich verder tot inhoudelijke kritiek op de wijziging vanwege haar mogelijke gevolgen voor het bedrijfsleven.<sup>332</sup>

Het heeft er alle schijn van dat de kwalificatie wel mede volgt uit deze kritiek. De wijziging lijkt immers niet op haar plaats in de WTM. Voor zover met de wijziging een uitbreiding is beoogd of bewerkstelligd, lijkt die immers met name het bedrijfsleven te treffen. Dat is toch niet de eerste sector in de samenleving waar men aan denkt bij het voorkomen of bestraffen van terroristische aanslagen. In theorie is wellicht niet uitgesloten dat een terroristisch misdrijf wordt gepleegd met behulp van stoffen waarvan de daders zelf net zo min de gevaarlijke eigenschappen kennen als ieder andere leek. Het ligt echter veel meer voor de hand dat bij terroristische aanslagen juist gebruik wordt gemaakt van stoffen waarvan de dader (en liefst iedereen) weet hoe gevaarlijk zij zijn. Bij een terroristische luchtverontreiniging of vergiftiging van het drinkwater zullen we toch in de eerste plaats denken aan stoffen als clostridium botulinum-toxine, miltvuurbacteriën, sarin of het pokkenvirus. Van deze stoffen weet iedereen dat zij schadelijk kunnen zijn voor de openbare gezondheid en levensgevaar kunnen opleveren. Juist daardoor kan het oogmerk om de bevolking vrees aan te jagen of de overheid ergens toe te dwingen ook werkelijk gerealiseerd worden.

Waar de plegers van één van de misdrijven van art. 172-173b Sr begaan met een terroristisch oogmerk voor een andere stof gekozen hebben, zal die keuze ingegeven zijn door de bijzondere eigenschappen van die stof. Bij een terroristische aanslag zullen het meestal immers juist de eigenschappen die voor een bijzonder gevaar zorgen zijn die tot de keuze geleid hebben.<sup>333</sup> Dat brengt noodzakelijkerwijs mee dat zij die, en waarschijnlijk ook de andere, eigenschappen van die stof kenden. In het enkele feit dat zij

<sup>332</sup> TK 2003-2004, 28463, nr. 29, p. 9.

<sup>333</sup> Te denken valt aan een bijzonder verspreidingsgemak, een bijzondere besmettelijkheid, een zeer lang en pijnlijk ziekteproces, bijzondere letaliteit, onbekendheid of niet-beschikbaarheid van een tegengif en dergelijke.

in staat bleken deze stof te produceren of aan te kopen, is reeds een aanwijzing gelegen dat zij bekend waren met de eigenschappen ervan. Om de verspreiding van dergelijke stoffen als misdrijf in de zin van art. 172 of 173a Sr te kunnen bestraffen, was geen wetswijziging nodig. Met de hier verdedigde uitleg van *duchten* wordt voorkomen dat deze wijziging tot gevolg heeft dat deze laatste categorie daders (de categorie die vanwege de bijzondere eigenschappen van een bepaalde stof die niet bij een ieder bekend zijn voor het gebruik van die stof gekozen hebben) buiten het bereik van deze bepalingen valt.

### 3.5.3 Samenspanning tot gemeengevaarlijke misdrijven

Met de inwerkingtreding van de WTM is de samenspanning tot een aantal gemeengevaarlijke misdrijven te begaan met een terroristisch oogmerk strafbaar gesteld. Dat is in de eerste plaats geschied door de invoeging van art. 176b Sr. In die bepaling is de samenspanning tot bijna alle<sup>334</sup> terroristische misdrijven uit Titel VII van het Tweede Boek (Misdrijven waardoor de algemene veiligheid van personen of goederen wordt in gevaar gebracht) van het Wetboek van Strafrecht strafbaar gesteld. Ook de misdrijven van de art. 385b en 385d Sr (waartoe de samenspanning in art. 415b Sr strafbaar is gesteld wanneer zij zullen worden begaan met een terroristisch oogmerk), zijn geredigeerd als gemeengevaarlijk misdrijf. Hetzelfde geldt voor de misdrijven van art. 80 lid 1<sup>335</sup> en 2<sup>336</sup> KEW, waartoe de samenspanning in het derde lid van die bepaling strafbaar is gesteld.

In paragraaf 3.3.1.2 werd reeds vastgesteld dat in het systeem van de WTM samenspanning tot terroristische misdrijven strafbaar is wanneer het terroristisch misdrijf waartoe samengespannen wordt, bedreigd is met levenslange gevangenisstraf. De WTM gaat daarin zeer ver door ook te voorzien in strafbaarheid van samenspanning tot terroristische misdrijven waarvoor de levenslange gevangenisstraf slechts kan worden opgelegd bij het intreden van een strafverzwarend gevolg dat door de dader niet beoogd werd. Op dat gevolg heeft de samenspanning dan vanzelfsprekend geen betrekking terwijl zeer onzeker is of dat gevolg ingetreden zou zijn wanneer het misdrijf feitelijk zou zijn gepleegd. Het is zelfs mogelijk dat een verdachte wegens een dergelijke samenspanning wordt vervolgd terwijl dit misdrijf is gepleegd waarbij het gevolg inderdaad niet is ingetreden. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer deze

<sup>334</sup> Uitgezonderd zijn slechts de misdrijven van de art. 159, 160 (het verhinderen van bluswerkzaamheden, dijkherstel en dergelijke), 161 onderdeel 1° (vernieling waterkering, gas- of waterleiding en dergelijke waarvan slechts gemeen gevaar voor goederen te duchten is), 161bis onderdelen 1° en 2° (vernieling elektriciteitswerk waarvan slechts verhindering van de stroomlevering of gemeen gevaar voor goederen te duchten is), 161sexies onderdelen 1° en 2° (vernieling werk voor telecommunicatie of een geautomatiseerd werk waardoor slechts bemoeilijking van de opslag, overdracht en dergelijke van gegevens ontstaat of waarvan slechts gemeen gevaar voor goederen of de verlening van diensten te duchten is) en 162a Sr (opzettelijke vernieling van een luchtvaartuig buiten bedrijf of voorzieningen op een luchthaven en dergelijke waarvan gevaar voor de veiligheid van de luchtvaart te duchten is).

<sup>335</sup> Deze bepaling luidt: *Indien van het opzettelijk handelen in strijd met het bij of krachtens de artikelen 15, 21, 26 of 76a, voor zover betrekking hebbend op een vergunning als bedoeld in artikel 15, bepaalde gevaar voor ernstig lichamelijk letsel voor een ander of aanzienlijke schade aan goederen te duchten is, wordt de schuldige gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.*

<sup>336</sup> Deze bepaling luidt: *Indien van het opzettelijk handelen in strijd met het bij of krachtens de artikelen 15, 21, 26 of 76a, voor zover betrekking hebbend op een vergunning als bedoeld in artikel 15, bepaalde levensgevaar voor een ander te duchten is en het feit iemands dood ten gevolge heeft, wordt de schuldige gestraft met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren of geldboete van de vijfde categorie.*

verdachte verder geen gevolg heeft gegeven aan de gemaakte afspraken omdat hij zich bedacht heeft. Dan kan hij onmogelijk als dader, medepleger, uitlokker, doen pleger of medeplichtige worden vervolgd.

### **3.5.3.1 Afwijkingen van de systematiek**

In paragraaf 3.3.1.2 werd opgemerkt dat de WTM in een aantal gevallen ook strafbaarheid van samenspanning tot een delict waarvoor nimmer levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd, introduceert. Eén van de bepalingen waarin dat gebeurt is art. 176b Sr. Deze bepaling stelt, als gezegd, de samenspanning tot bepaalde gemeengevaarlijke misdrijven, te begaan met een terroristisch oogmerk strafbaar. Voor al deze misdrijven geldt dat zij verschillende sanctienormen kennen die steeds gekoppeld zijn aan het gevaar dat van de handeling te duchten is en de gevolgen die de handeling met zich meebrengt. Voor al deze feiten geldt eveneens dat tenminste voor één van de varianten waarin het feit kan worden bestraft levenslange gevangenisstraf mogelijk is wanneer zij worden begaan met een terroristisch oogmerk. In zoverre wijken de feiten waartoe de samenspanning in art. 176b Sr strafbaar is gesteld niet af van het systeem van de WTM. Het probleem is echter dat die systematiek niet consequent is geëerbiedigd.

Allereerst breekt art. 162a Sr met die systematiek. Die bepaling stelt verschillende vormen van opzettelijke vernieling op een luchthaven strafbaar. Het betreft dan de vernieling, beschadiging of sabotage van een luchtvaartuig of van de voorzieningen op die luchthaven. Indien daarvan gevaar voor de veiligheid van de luchtvaart te duchten valt, kan het feit volgens onderdeel 1° van die bepaling worden bestraft met negen jaren gevangenisstraf. Indien het feit tevens iemands dood ten gevolge heeft kan volgens onderdeel 2° vijftien jaren gevangenisstraf worden opgelegd. Door art. 176a Sr worden deze straffen verhoogd tot dertien en een half jaren en levenslange gevangenisstraf wanneer het feit is begaan met een terroristisch oogmerk. Volgens de systematiek van de strafbaarstelling van samenspanning van de WTM zou de samenspanning tot misdrijf te begaan met een terroristisch oogmerk strafbaar hebben moeten zijn. In art. 176b Sr komt art. 162a Sr evenwel niet voor. De wetgever heeft de bepaling kennelijk over het hoofd gezien.

Bezwaarlijker is dat in een aantal gevallen tevens de samenspanning tot delicten waarvan vaststaat dat zij nimmer met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd strafbaar is gesteld. In die gevallen breekt de strafbaarstelling van art. 176b Sr met de systematiek van de WTM rond de strafbare samenspanning zoals die door de minister in de parlementaire stukken is uitgelegd. Daarbij zijn twee categorieën te onderscheiden.

### **Strafbaarstelling van samenspanning tot misdrijven die nimmer met levenslange gevangenisstraf kunnen worden bestraft I**

Tot deze categorie behoren de gemeengevaarlijke misdrijven waartoe de samenspanning strafbaar is gesteld indien zij worden begaan met een terroristisch oogmerk die onderdelen kennen waarvoor, ook bij aanwezigheid van het terroristisch oogmerk, geen levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd (ongeacht de eventuele gevolgen). Het gaat dan om de misdrijven van de art. 157 onder 1° en 170 onder 1° Sr en art 80 lid 1 KEW.

Art. 157 onder 1° Sr stelt een gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren op de brandstichting waarvan gemeen gevaar voor goederen te duchten is. Indien het feit wordt begaan met een terroristisch oogmerk kan volgens art. 176a Sr een straf van ten hoogste achttien jaren worden opgelegd. Omdat die straf de strafbaarstelling van samenspanning tot het feit niet kan dragen, moet worden beoordeeld of voor het feit van art. 157 onderdeel 1° Sr levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd bij het intreden van een strafverzwarend gevolg. Dat blijkt niet het geval te zijn. Levenslange gevangenisstraf kan slechts worden opgelegd voor de brandstichting met een terroristisch oogmerk als bedoeld in art. 157 onder 2° en 3° Sr. In die onderdelen wordt geen hogere straf aan de brandstichting van het eerste onderdeel verbonden wanneer een niet beoogd gevolg intreedt. In onderdeel 2° wordt straf gesteld op de brandstichting waarvan levensgevaar of gevaar voor zwaar lichamelijk letsel voor een ander te duchten is. In onderdeel 3° wordt straf gesteld op de brandstichting waarvan levensgevaar voor een ander te duchten is indien het feit iemands dood ten gevolge heeft. Indien ten gevolge van een brandstichting waarvan slechts gemeen gevaar van goederen te duchten is iemand komt te overlijden, is onderdeel 3° van art. 157 Sr niet van toepassing. Het gaat in dat onderdeel dus om één van de vormen van brandstichting die in onderdeel 2° met straf worden bedreigd. Het gevaar dat van een brandstichting te duchten is, kan niet worden afgedaan als een onvoorzienbaar strafverzwarend gevolg.

Kern van het te duchten zijn is immers, zoals hierboven bleek, dat het gevaar voor een voorzichtige mens voorzienbaar was. De beoordeling van die voorzienbaarheid dient ex ante plaats te vinden. Welke gevaren van een bepaalde brandstichting te duchten zijn, moet van tevoren beantwoord kunnen worden. Dat brengt mijn inziens mee dat ten tijde van de samenspanning tot brandstichting reeds duidelijk moet zijn welke gevaren bij een dergelijke brandstichting te verwachten zijn. Ware dit anders dan kan helemaal niet worden vastgesteld dat sprake was van samenspanning tot brandstichting als bedoeld in art. 157 Sr. Als geëist mag worden dat de afspraak voldoende concreet is om vast te stellen welke gevaren van een bepaalde brandstichting redelijkerwijs verwacht kunnen worden, bestaat er geen enkel praktisch of dogmatisch bezwaar tegen om voor strafbaarheid te eisen dat het gaat om samenspanning tot een vorm van brandstichting waarvan levensgevaar voor een ander te duchten is.

Dat hiertegen inderdaad geen bezwaren bestaan, blijkt overigens reeds uit art. 176b Sr zelf. Ten aanzien van art. 161 Sr wordt de strafbaarheid van samenspanning immers beperkt tot de onderdelen 2° en 3°. Onderdeel 1° van die bepaling stelt zes jaren gevangenisstraf op het opzettelijk vernielen, onbruikbaar maken of beschadigen van een werk dienend tot waterkering, waterlozing, gas- of waterleiding of riolering waarvan gevaar voor een overstroming of gemeen gevaar voor goederen te duchten is. Onderdeel 2° stelt negen jaar gevangenisstraf op het feit indien daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is. Onderdeel 3° bepaalt dat indien van het feit levensgevaar voor een ander te duchten is en het feit iemands dood ten gevolge heeft een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren kan worden opgelegd. Indien het feit gepleegd wordt met een terroristisch oogmerk kunnen deze straffen volgens art. 176a Sr worden verhoogd tot respectievelijk negen jaren (onderdeel 1°), dertien jaren en zes maanden (onderdeel 2°) en levenslang (onderdeel 3°). Strafbaarstelling van de samenspanning tot de feiten van de onderdelen 2° en 3° te begaan met een terroristisch oogmerk is dan geheel conform de systematiek van de WTM. Indien het feit nimmer wordt gepleegd (iets waar

de strafbaarstelling van samenspanning toch op gericht is) zullen we nooit weten of er iemand zou zijn overleden en of sprake is van samenspanning tot het feit van het tweede of het derde onderdeel. Dat de wetgever daarin voldoende reden heeft gezien de samenspanning tot beide feiten strafbaar te stellen, kan worden betreurd maar dat laat onverlet dat de strafbaarstelling geheel in overeenstemming is met de rechtspolitieke keuze van de minister.

Ook voor de samenspanning tot de misdrijven van de art. 161bis en 161sexies Sr is strafbaarheid slechts gecreëerd voor die terroristische misdrijven die met levenslang worden bedreigd wanneer een onvoorzienbaar strafverzwarend gevolg intreedt. Wie samenspannt tot een in één van die bepalingen strafbaar gesteld terroristisch misdrijf waarvan slechts gemeen gevaar voor goederen te duchten is, is niet strafbaar.

Waarom bij art. 157 Sr, dat een vergelijkbare redactie kent, voor een nog ruimere strafbaarstelling is gekozen, blijft geheel onduidelijk. Dat art. 157 Sr fors hogere sanctienormen kent dan art. 161 Sr is juist maar kan niet als verklaring dienen nu de sanctienorm van het feit van art. 157 onderdeel 1° Sr nog steeds niet hoog genoeg is. Vergelijkbare kritiek is mogelijk op art. 170 Sr, dat sterk doet denken aan art. 157 Sr en dezelfde sanctienormen kent, en art. 80 KEW.

### **Strafbaarstelling van samenspanning tot misdrijven die nimmer met levenslange gevangenisstraf kunnen worden bestraft II**

Ten aanzien van de art. 157 onderdeel 2°, 172 lid 1 onderdeel 1° en 173a onderdeel 1° Sr geldt soortgelijke kritiek. In die bepalingen is de strafbaarheid steeds mede afhankelijk van het te duchten zijn van levensgevaar voor een ander. Voor dat gedeelte van die bepalingen past de strafbaarstelling van de terroristische samenspanning wel in de systematiek. Er is echter steeds meer. Zo is art. 173a onderdeel 1° Sr ook van toepassing indien van het opzettelijk een stof in de lucht brengen gevaar voor de openbare gezondheid te duchten is. Hierboven kwam al aan de orde dat de vergiftiging of belemmering van de drinkwatervoorziening volgens art. 172 lid 1 onderdeel 1° Sr strafbaar is wanneer daarvan gevaar voor een ander te duchten is. Voor zover dat gevaar geen levensgevaar betreft zou de samenspanning tot dit feit te begaan met een terroristisch oogmerk niet strafbaar moeten zijn. Art. 157 onderdeel 2° Sr bevat naast het levensgevaar voor een ander tevens het gevaar voor zwaar lichamelijk letsel.

Verschil met de eerste categorie is dat bij de onderhavige categorie de gedraging die nimmer tot oplegging van levenslange gevangenisstraf kan leiden in hetzelfde onderdeel is opgenomen als de gedraging die dat, bij het intreden van een bepaald gevolg, wel kan. Toch bestaat ook hier geen rechtvaardiging voor het feit dat de terroristische samenspanning tot dit feit strafbaar kan zijn indien daarvan geen levensgevaar voor een ander te duchten is.

Voor een juiste en consistente strafbaarstelling van de terroristische samenspanning had de wetgever hier het levensgevaar en de andere gevaren in onderscheiden onderdelen moeten noemen en de strafbaarstelling van de samenspanning tot de terroristische misdrijven waarvan levensgevaar te duchten is, moeten beperken.

Bij de art. 161quater, 164, 168 en 174 Sr doen zich geen problemen of bijzonderheden voor. De misdrijven in deze bepalingen worden indien zij zijn gepleegd met een terroristisch oogmerk in alle varianten met levenslange gevangenisstraf bedreigd. De

strafbaarstelling van de samenspanning tot deze feiten is in het licht van de WTM niet meer dan logisch.

Daarmee zij overigens geenszins gezegd dat de systematiek van de WTM juist is. In paragraaf 3.3.1.2 werden drie cumulatieve eisen opgesomd voor de strafbaarstelling van samenspanning tot terroristische misdrijven als alternatief voor het uitgangspunt van de minister dat de samenspanning tot alle misdrijven die, al dan niet in geval van strafverzwarende omstandigheden, bij aanwezigheid van het terroristisch oogmerk met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd strafbaar dient te zijn. Gemeten aan die eisen is voor de strafbaarheid van de samenspanning tot terroristisch gemeengevaarlijk misdrijf helemaal geen ruimte.<sup>337</sup> Op deze plaats gaat het echter om de vaststelling dat de wetgever zijn eigen afwijkende systematiek helemaal niet heeft gerespecteerd.

### Conclusie

Art. 176b Sr kan bezwaarlijk anders gewaardeerd worden als een innerlijk inconsistente bepaling. Hiervoor in paragraaf 3.3.2.4 werd reeds opgemerkt dat de haast die gemaakt is met het invoegen van de strafbaarstellingen van samenspanning de kwaliteit van die strafbaarstellingen niet ten goede is gekomen. Dat blijkt ook ten aanzien van verschillende misdrijven waartoe de samenspanning in art. 176b Sr strafbaar is gesteld. Een afwijking van de systematiek van de WTM als de strafbaarstelling van de terroristische samenspanning tot brandstichting als bedoeld in art. 157 onderdeel 1° Sr zou, wanneer zij bewust had plaatsgevonden, in de toelichting bij de tweede nota van wijziging zijn gemotiveerd. De motiveringen die in de parlementaire stukken als rechtvaardiging voor bepaalde rechtspolitieke keuzes worden opgevoerd, bevredigen en overtuigen vaak niet. Maar die keuzes worden wel steeds gemotiveerd. Nu in dit geval een dergelijke motivering ontbreekt, moet dus worden aangenomen dat de afwijkingen van het systeem en de innerlijke inconsistenties in de strafbaarstelling van art. 176b Sr de indier van de tweede nota van wijziging zijn ontgaan. Een tweede aanwijzing dat sprake is van een vergissing hangt hiermee samen.

Indien wel sprake zou zijn geweest van een bewuste keuze zou voor de samenspanning tot de terroristische brandstichting waarvan slechts gemeen gevaar voor goederen te duchten is een lagere sanctienorm dan tien jaren gevangenisstraf (bijvoorbeeld negen jaren)<sup>338</sup> meer voor de hand hebben gelegen. De sanctienorm van tien jaren gevangenisstraf hoort immers bij samenspanning tot misdrijven die met levenslange gevangenisstraf bedreigd worden. Met name kan niet gezegd worden dat de wens om de verschillende vormen van samenspanning met gelijke straf te bedreigen de sanctienorm

<sup>337</sup> Dat betekent niet dat de samenspanning tot deze gedragingen nimmer strafbaar zou mogen zijn. Voor die strafbaarheid is evenwel vereist dat de betreffende gedraging tevens kan worden gekwalificeerd als een terroristisch misdrijf dat ook bij afwezigheid van het terroristisch oogmerk (voorwaarde 1) en zonder het intreden van strafverzwarende gevolgen die van de samenspanning geen deel uitmaakten (voorwaarde 2) met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd, zoals bijvoorbeeld moord (art. 289 Sr). De derde voorwaarde is dat het misdrijf in het concrete geval, gezien zijn aard of context, een land of internationale organisatie ernstig kan schaden.

<sup>338</sup> Over de gepaste precieze hoogte van die gevangenisstraf kan men dan nog van mening verschillen. In paragraaf 3.2.4.2 werd gesteld dat de strafvermindering voor (het hypothetische geval van) strafbare samenspanning tot en voorbereiding (in de zin van art. 96 lid 2 Sr) van misdrijven die niet met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd waarschijnlijk met de helft van de sanctienorm van het voltooid delict bedreigd zouden moeten worden. In het onderhavige geval zou dat dan negen jaren gevangenisstraf zijn.

van tien jaren gevangenisstraf kan rechtvaardigen. De samenspanning ontleent haar strafwaardigheid immers niet aan zich zelf maar aan het misdrijf waartoe wordt samengespannen.<sup>339</sup> Daarom werd de samenspanning in paragraaf 3.3.2.1 materieel aangemerkt als onvolkomen delictvorm. Dat zij vormgegeven is als zelfstandig en voltooid delict doet daaraan niet af. Als de samenspanning haar strafwaardigheid aan een ander misdrijf ontleent, moet haar sanctienorm ook van dit andere misdrijf worden afgeleid. Dat gebeurt ook met de andere onvolkomen delictvormen: de poging en de voorbereiding. Dat geen aanpassing van de sanctienorm heeft plaatsgevonden lijkt simpelweg te wijten aan het feit dat de wetgever zich niet bewust is geweest van het feit dat hij voor bepaalde misdrijven waarvoor nooit levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd strafbare samenspanning heeft gecreëerd.

### 3.5.3.2 Consistentie van sanctienormen

Ten aanzien van een viertal bepalingen dat in art. 176b Sr genoemd wordt, geldt nog een volgend probleem dat ook reeds in paragraaf 3.3.2.4 aan de orde kwam. Het betreft de art. 161 onderdeel 2°, art. 161bis onderdeel 3°, 161sexies onderdeel 3° en art. 162 onderdeel 1° Sr. Al deze feiten worden bedreigd met een gevangenisstraf van negen jaren. Wanneer zij worden begaan met een terroristisch oogmerk wordt deze straf met de helft verhoogd (art. 176a Sr). Voor deze feiten betekent dat dus dat het voltooid terroristisch misdrijf kan worden bestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste dertien jaren en zes maanden. De sanctienorm voor poging ligt een derde lager (art. 45 lid 2 Sr). De poging tot deze terroristische misdrijven wordt dus bedreigd met een gevangenisstraf van negen jaren.

Ten aanzien van al deze feiten bepaalt art. 176b Sr dat de samenspanning daartoe kan worden bestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren. Logischerwijs wordt de strafdreiging voor een onvolkomen delictsvorm hoger naarmate men dichterbij het voltooid delict komt. Die logica wordt hier verlaten.

Een voorbeeld kan verduidelijken welke problemen hiervan het gevolg kunnen zijn. Stel dat drie personen overeenkomen een dijk door te breken met het oogmerk de Nederlandse bevolking ernstige vrees aan te jagen. De afgesproken wijze van uitvoering is zodanig dat daarvan levensgevaar voor een ander te duchten zal zijn. Die samenspanning is strafbaar (art. 161 onderdeel 2° j° art. 176b lid 1 Sr). Eén van de samenspanners verricht vervolgens de vereiste voorbereidingshandelingen. Een ander zal vervolgens het feit zelf plegen. Hij komt echter niet verder dan een poging. Indien de betrokkenen nu gestraft worden naar de wettelijke strafmaxima ligt voor de derde samenspanner, de enige die na het maken van de afspraak niets meer gedaan heeft, en degene die slechts voorbereidingshandelingen heeft verricht (art. 176b lid 2 j° art. 96 lid 2 Sr) de hoogste straf in het verschiet. De persoon die werkelijk de bereidheid heeft getoond dit feit te plegen door met de uitvoering daarvan een begin te maken, wordt

<sup>339</sup> Dat werd volledig onderkend door de strafbaarstelling van samenspanning in het oorspronkelijke WMS van 1903. Art. 89 WMS (oud) bepaalde dat de samenspanning tot bepaalde misdrijven gestraft werd gelijk de poging. Niet alle misdrijven waartoe de samenspanning in het WMS strafbaar was, werden met dezelfde straf bedreigd. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt hieromtrent expliciet opgemerkt dat het niet juist is om voor de samenspanning een enkele vaste sanctienorm vast te stellen wanneer de gronddelicten met verschillende straffen worden bedreigd (TK 1896-1897, 195, nr. 3, p. 41, 42).



de minste straf in het vooruitzicht gesteld, althans wanneer hij wordt veroordeeld wegens het feit dat hij geacht moet worden te hebben begaan.<sup>340</sup>

Dit probleem treedt steeds op bij misdrijven die bestaan uit een basisdelict dat, begaan zonder terroristisch oogmerk, met een gevangenisstraf van minder dan tien jaren worden bedreigd, die wanneer zij zijn begaan met een terroristisch oogmerk volgens de systematiek van de WTM met de helft meer straf worden bedreigd en waartoe de samenspanning strafbaar is en wordt bedreigd met tien jaren gevangenisstraf wanneer het feit zal worden begaan met een terroristisch oogmerk. Alle gevallen die het betreft zijn vormgegeven als gemeengevaarlijk misdrijf. Naast de hiervoor opgesomde misdrijven gaat het om de misdrijven van de art. 415b en 415d Sr.

Een variant van dit probleem speelt nog met betrekking tot art. 80 KEW. Ook deze bepaling bevat de strafbaarstelling van een gemeengevaarlijk misdrijf. Het eerste lid van deze bepaling stelt een gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren op de overtreding van een aantal voorschriften van de KEW wanneer daarvan *gevaar voor ernstig lichamelijke letsel voor een ander of aanzienlijke schade aan goederen te duchten is*. Het derde lid van art. 80 Sr stelt een gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren op de samenspanning tot het misdrijf van het eerste lid *te begaan met een terroristisch oogmerk*. De straf die op het misdrijf van het eerste lid is gesteld wordt echter helemaal niet verhoogd wanneer dat misdrijf wordt gepleegd met een terroristisch oogmerk. Volgens art. 83 Sr is het misdrijf van art. 80 lid 1 KEW ook helemaal geen terroristisch misdrijf. Dat brengt mee dat het misdrijf van art. 80 KEW ook met ‘slechts’ twaalf jaren gevangenisstraf wordt bedreigd wanneer het is begaan met een terroristisch oogmerk. De poging tot dat feit wordt volgens art. 45 lid 2 Sr dus bedreigd met acht jaren gevangenisstraf terwijl op de samenspanning daartoe volgens art. 80 lid 3 KEW dus tien jaren gevangenisstraf is gesteld.

De logische wijze om aan al deze onaanvaardbare consequenties te ontkomen, lijkt mij de toepassing van art. 56 lid 1 Sr (de voortgezette handeling)<sup>341</sup> te zijn. Omdat de samenspanning en de poging respectievelijk de samenspanning en de voorbereiding steeds voortkomen uit hetzelfde wilsbesluit moet de zwaarste strafbepaling worden toegepast. Alle drie de samenspanners kunnen dan tot dezelfde straf worden veroordeeld. Nadeel van deze benadering is dat alle differentiëring in de onvolkomen delictvormen verdwijnt. Vanaf de samenspanning tot het voltooid delict bestaat één sanctienorm. In het hierboven gegeven voorbeeld lopen de bijdragen van de drie samenspanners zo zeer uiteen dat één en hetzelfde strafmaximum toch wat grof lijkt. Mijns inziens laat de wetgever echter weinig alternatieven. Alhoewel het aannemen van een voortgezette handeling bepaald niet optimaal genoemd kan worden, is het mijns inziens de minst bezwaarlijke oplossing. Een betere oplossing was uiteraard geweest dat de wetgever zijn taak wat consciëntieuzer ter hand had genomen en zorg had gedragen voor een consistent stelsel van sanctienormen van de verschillende delictvormen van

<sup>340</sup> Het is niet zeker dat de ‘poger’ onder deze omstandigheden niet wegens samenspanning kan worden veroordeeld. Indien dit laatste inderdaad mogelijk is, kan hij tot dezelfde straf worden veroordeeld als de andere samenspanners. Keizer (Strafbaarheid van voorbereidingshandelingen, o.c., p. 48) stelt overigens dat de strafbaarheid van samenspanning wel degelijk ophoudt te bestaan zodra strafbaarheid wegens poging ontstaat.

<sup>341</sup> Zie hierover paragraaf 6.2.

de art. 161 onderdeel 2°, art. 161bis onderdeel 3°, 161sexies onderdeel 3° en art. 162 onderdeel 1° Sr, en art. 80 KEW.

De mogelijkheid om de poging als de daaraan voorafgaande samenspanning te kwalificeren en te bestraffen ontbreekt uiteraard wanneer de poger aan de samenspanning niet heeft deelgenomen. Het lijkt allerm minst uitgesloten dat personen die bij de samenspanning niet betrokken waren met de uitvoering van het misdrijf worden belast. Wanneer zij van tevoren slechts weten dat zij een missie hebben en tot het laatste moment over de inhoud van die missie onkundig worden gehouden, kunnen zij ook niet geacht worden tot die samenspanning toegetreden te zijn of iets dergelijks. De rechterlijke straftoemingsvrijheid is groot genoeg om ook in een dergelijk geval zorg te dragen voor een bestraffing die past bij ieders rol in het geheel. Indien de rechter nu bij de strafoplegging wegens samenspanning per definitie onder het strafmaximum dat geldt voor poging blijft, is de laatste angel eruit. Van deze inconsistentie in sanctienormen hoeven in de praktijk dan ook geen grote problemen te worden verwacht. Het belang van de vaststelling dat het geheel van sanctienormen van de onvolkomen delictvormen niet deugt, schuilt ook vooral in het feit dat zij een krachtige aanwijzing vormt voor het vermoeden dat verschillende aspecten rond de samenspanning onvoldoende zijn doordacht door de haastige totstandkoming van de strafbaarstellingen van samenspanning.

### 3.6 Afsluiting

De WTM beoogt strafbaarheid zeker te stellen voor allen die op welke wijze dan ook bij een terroristische aanslag zijn betrokken al voordat deze aanslag gepleegd is. De toelichtende stukken bij de wet verdedigen daartoe keer op keer de noodzaak van een ruime uitleg van leerstukken als samenspanning en deelneming als oplossing voor bestaande problemen. Bij de introductie van een volgende uitbreiding wordt dan vervolgens juist de beperkte strekking van de voorgaande aangevoerd als rechtvaardiging. Daarin zit een zekere ongerijmdheid.

Zowel bij samenspanning als bij deelneming aan een organisatie die het plegen van terroristische misdrijven beoogt, is de kwestie of sprake kan zijn van strafbare poging en voorbereiding in de literatuur hoogst omstreden. Rechtspraak die in deze controverse kwesties duidelijkheid schept, is mij niet bekend. Vanuit de simpele constatering dat samenspanning en deelneming aan een organisatie zelfstandige strafbaarstellingen zijn, beantwoordt de minister deze vragen nu bevestigend. Naar mijn idee hoeft de rechter zich daar weinig gelegen aan te laten liggen.

Op geen enkel moment en op geen enkele wijze heeft de minister blijkgegeven van enig besef van het bestaan van onzekerheid rond de toelaatbaarheid van deze constructies. Nergens spreekt hij de pretentie uit dat deze constructies mogelijk worden door de inwerkingtreding van de WTM. Integendeel, hij beroept zich er steeds op dat deze constructies reeds lange tijd bekend en strafbaar zijn. Het moet er dan ook voor worden gehouden dat de WTM dienaangaande niet bedoelt duidelijkheid te scheppen. De controverse blijft bestaan en zolang de wetgever niet ingrijpt is het aan rechtspraak en wetenschap overgelaten om nader invulling te geven aan de toelaatbaarheid van de constructies. Daarbij zou het aan te raden zijn zich meer te oriënteren op het materiële verwijt dan op de formele strafbaarstelling. De strafbaarstelling van samenspanning als zelfstandig delict kon destijds worden gerechtvaardigd door het beperkte aantal geval-

len waarin die samenspanning strafbaar was. Dat mag de aandacht niet afleiden van het feit dat een 'gedraging' die zich ver voor de werkelijke strafwaardige daad afspeelt wellicht beter niet door poging en voorbereiding nog verder opgerekt moet worden. De strafbaarstellingen van de art. 140 en 140a Sr kunnen van toepassing zijn voordat de organisatie enig misdrijf heeft gepleegd. De voorbereiding of poging om aan een dergelijke organisatie deel te nemen raakt in dergelijke gevallen wel erg ver verwijderd van de misdrijven waar het oogmerk van de organisatie betrekking op heeft. Ook hier zou uitsluiting van de strafbaarheid van poging en voorbereiding niet misplaatst zijn. De wet geeft dienaangaande evenwel geen enkele zekerheid.

Tijdens de parlementaire behandeling is de mogelijkheid van inkeer of vrijwillige terugtred na samenspanning op oneigenlijke gronden buiten de deur gehouden. Met een zeer formalistische insteek is geconcludeerd dat dit niet past in het wettelijk stelsel. Niet alleen is daarbij volledig voorbij gegaan aan een inkeerregeling in het WMS maar deze onmogelijkheid lijkt ook slecht te rijmen met de logische chronologie van het strafbaar feit.

Daarenboven is het spectrum van terroristische misdrijven waartoe de samenspanning strafbaar is gesteld veel te groot. Een zekere mate van uitbreiding van het aantal terroristische misdrijven waartoe de samenspanning strafbaar is, kon best worde gerechtvaardigd. Het zou dan alleen de misdrijven hebben mogen betreffen die voldoen aan de drie cumulatieve criteria die paragraaf 3.3.1.2 zijn opgesomd. Dat zou veel meer recht hebben gedaan aan de uitgangspunten ons daadgericht strafrecht. Nu de realiteit anders is, kunnen we alleen maar hopen dat in de rechtspraak in ieder geval een beperkte uitleg wordt gegeven aan de eis dat de afspraak definitief, ernstig gemeend en concreet moet zijn. Zolang niet een min of meer concrete voorstelling bestaat over tijd, plaats, wijze van uitvoering en de persoon van het slachtoffer (of een concrete groep van slachtoffers) kan dan geen strafbare samenspanning bestaan.<sup>342</sup>

Niet alleen kan de ernst van de misdrijven waartoe de samenspanning strafbaar is gesteld die strafbaarstelling niet steeds rechtvaardigen, ook wordt de consistentie van sanctienormen van de onvolkomen delictvormen door deze strafbaarstellingen doorbroken. Zo wordt de poging tot sommige gemeengevaarlijke misdrijven met minder straf bedreigd dan de samenspanning daartoe.

De consistentie van sanctienormen is overigens nog verder afgebroken door de inwerkingtreding van de Wet herijking strafmaxima. Door die inwerkingtreding wordt de

---

<sup>342</sup> Dat brengt niet mee dat volledig vast moet staan op welke dag en welk moment van die dag de aanslag plaats moet vinden of dat volledige zekerheid moet bestaan over het explosief of type voorwapen dat gebruikt gaat worden. Ook behoeft het feit dat op enig moment toch een latere datum wordt gekozen (de aanslagen van 11 september 2001 zijn meerdere malen verzet) in de weg te staan aan de strafbaarheid van samenspanning. De afspraak 'ooit iemand ergens dood te maken' zou nimmer strafbare samenspanning op moeten kunnen leveren. Over het soort misdrijf (bijvoorbeeld het veroorzaken van een explosie), het moment (bijvoorbeeld 'zodra de noodzakelijke voorbereidingen zijn getroffen' of 'deze zomer'), de plaats (bijvoorbeeld 'de Rotterdamse haven' (dat betreft nog altijd een zo groot gebied dat nadere concretisering op een later moment nodig zal zijn) of 'een regeringsgebouw' (naast verschillende panden aan het binnenhof kunnen hieronder de verschillende gebouwen van de ministeries worden verstaan) en het beoogde slachtoffer (bijvoorbeeld 'een minister', 'zoveel mogelijk politieagenten' of 'een zo groot mogelijke groep willekeurige burgers') moeten de samenspanners dus wel een zeker beeld hebben.

voorbereiding van misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd volgens art. 46 lid 3 Sr thans bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren. De voorbereiding van terroristische misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd, is strafbaar gesteld in art. 96 lid 2 Sr. Omdat die bepaling een specialis is van art. 46 Sr verdringt art. 96 lid 2 Sr art. 46 Sr. Art. 96 lid 2 Sr kent een sanctienorm van tien jaren gevangenisstraf. De strafdreiging van art. 46 lid 3 Sr geldt dus slechts voor niet-terroristische misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd. De voorbereiding van de ernstigste terroristische misdrijven wordt met een lagere straf bedreigd. Ook de terroristische misdrijven die kunnen worden begaan met het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken (zoals art. 6 lid 4 WED en art. 79 KEW) staan ten opzichte van art. 46 Sr in een zodanige specialiteitsverhouding.

Art. 46 Sr is met de inwerkingtreding van de WTM niet gewijzigd. De WTM heeft wel een aantal bijzondere strafbaarstellingen van voorbereiding van terroristische misdrijven toegevoegd. Art. 46 Sr is toepasselijk op de voorbereiding van terroristische misdrijven waarvoor de bijzondere strafbaarstellingen niet gelden. De bepaling is van recente datum en haar bereik is sinds haar inwerkingtreding reeds tweemaal uitgebreid in verband met de strafrechtelijke bestrijding van terrorisme. Dit leidt tot de conclusie dat de strafbare voorbereidingshandeling bij de strafrechtelijke bestrijding van terrorisme in het algemeen en binnen de WTM in het bijzonder van steeds groter gewicht is geworden en dat daaraan een steeds ruimer bereik wordt toegekend.

De art. 140a en 205 Sr zoals die met de WTM zijn ingevoerd behelzen, overigens om verschillende redenen (en afgezien van de eventuele strafbaarheid van voorbereiding van deelneming als bedoeld in art. 140a Sr), niet echt uitbreidingen van strafbaarheid.

Het misdrijf van art. 140a Sr hoeft, anders dan de andere terroristische misdrijven, niet met een terroristisch oogmerk gepleegd te zijn. In die zin wijkt het af van het in de WTM gevolgde model. De zwaardere strafdreiging is gebaseerd op het feit dat het oogmerk van de organisatie is gericht op het plegen van misdrijven met een terroristisch oogmerk. Van een uitbreiding van strafbaarheid zou slechts sprake (kunnen) zijn indien gedragingen strafbaar gesteld zouden zijn die in de tijd verder voorafgaan aan bekende strafbare bijdragen aan enig misdrijf (zoals de samenspanning) of die minder bijdragen aan het gepleegd worden van enig misdrijf dan voor die strafbaarstelling bestond (zoals de voorbereiding van art. 96 lid 2 Sr). Dat blijkt niet het geval. Het gaat immers gewoon om een gekwalificeerde variant van art. 140 Sr. Ook het feit dat die laatste bepaling is aangevuld met een nieuw lid (dat ook voor art. 140a Sr geldt) waarin deelneming wordt omschreven, betekent geen uitbreiding. De betreffende gedragingen (werven van personen en fondsen) waren voor de inwerkingtreding van de WTM reeds deelnemingshandelingen.

Daarenboven is art. 140a Sr, evenmin als art. 140 Sr, te omschrijven als een onvolkomen delictvorm of deelnemingsfiguur. Het betreft een zelfstandige strafbaarstelling als misdrijf tegen de openbare orde die volledig losstaat van de concrete misdrijven die de organisatie beoogt. Het feit dat de strafbaarstelling toepasselijk kan zijn voordat de organisatie enig concreet terroristisch misdrijf heeft gepleegd of wanneer de dader een bijdrage heeft geleverd aan enig terroristisch misdrijf die niet als deelneming in de zin

van de art. 47 en 48 Sr heeft te gelden, zorgen wel voor een zekere verwantschap met de uitbreidingen van strafbaarheid van de WTM. Een bezwaar tegen de strafbaarstelling van art. 140a Sr is wel gelegen in de gigantische strafverhogingen die de bepaling ten opzichte van art. 140 Sr bevat, die veel verder gaan dan waartoe het Kaderbesluit verplicht.

Art. 205 Sr behelst reeds geen uitbreiding van strafbaarheid in de hier bedoelde zin omdat de bepaling op geen enkele wijze, nog minder dus dan art. 140a Sr, aansluiting zoekt bij andere misdrijven waarvan de strafbaarstelling kan worden afgeleid. Het gaat hier volledig om een zelfstandige strafbaarstelling van een zelfstandige gedraging die kennelijk strafwaardig wordt geacht. Die strafwaardigheid wordt op geen enkele wijze opgehangen aan het gevaar dat er door kan ontstaan dat bepaalde misdrijven worden gepleegd. Dat laat onverlet dat het bereik van art. 205 Sr wel is uitgebreid bij de inwerkingtreding van de WTM. Zo is voor voltooiing van het misdrijf niet langer vereist dat een overeenkomst tot stand komt. Evenmin is het aanbieden van een tegenprestatie nog langer vereist. Die uitbreidingen zijn, ook in materiële zin, niet aan te merken als nieuwe (of uitbreiding van het bereik van een bestaande) onvolkomen delictvorm of deelnemingsfiguur. De praktische betekenis van de uitbreidingen lijkt daarenboven erg gering.



## 4 **Doublures binnen strafbaarstellingen in verband met misdrijven ter bescherming van de staat**

In de laatste drie hoofdstukken van dit onderzoek zal de aandacht vooral gericht zijn op wat in paragraaf 1.3.2.2 werd bestempeld als *doublures*. Van een doublure in de daar bedoelde zin is sprake indien dezelfde omstandigheid (in dit onderzoek dus steeds het terroristisch element) meer dan eens is verdisconteerd in de straf die de rechter hoogstens opleggen kan. Daarbij werd onderscheiden tussen doublures tussen strafbaarstellingen en doublures binnen strafbaarstellingen.

### 4.1 **Doublures; inleidende opmerkingen voor de hoofdstukken 4, 5 en 6**

Van een doublure tussen strafbaarstellingen is sprake wanneer tegelijkertijd meerdere strafbaarstellingen die de dader in de kern één enkel verwijt maken (in dit onderzoek dus een terroristisch verwijt) toepasselijk zijn. De doublure ontstaat dan wanneer de wet de rechter de mogelijkheid verschaft om een hogere straf op te leggen dan wanneer slechts één van beide strafbepalingen toepasselijk zou zijn. Het betreft dan dus samenloopproblemen bij terroristische misdrijven. De wet geeft in de art. 55 en volgende Sr een regeling voor dit soort gevallen. De wet verschaft de rechter daarmee de mogelijkheid om doublures te vermijden. In hoofdstuk 6 zal worden gezien in hoeverre de huidige samenloopjurisprudentie garanties verschaft tegen het ontstaan van doublures en, voor zover die garanties onvoldoende zijn, of en, zo ja, hoe zij kunnen worden versterkt.

De komende twee hoofdstukken gaan over doublures binnen strafbaarstellingen. Van een dergelijke doublure is sprake wanneer hetzelfde element (in dit geval het gevaar dat van terroristische misdrijven uitgaat) meer dan eens in de sanctienorm van een enkele strafbepaling is verdisconteerd. Voor deze gevallen bevat de wet (vanzelfsprekend) geen regeling. Het is immers niet de bedoeling dat dit soort situaties zich voordoet. Van een doublure in de hier bedoelde zin is dan sprake indien een sanctienorm die reeds (tevens) was vastgesteld om een bepaalde manifestatie van terrorisme adequaat te bestraffen met de inwerkingtreding van de WTM is verhoogd op de enkele grond dat dit misdrijf ook als terroristisch misdrijf kan worden gepleegd.

De ratio van de strafverhoging van de WTM vindt haar grondslag in de gedachte dat terrorisme zodanig gevaarlijk en schadelijk is voor de samenleving dat een hogere straf op haar plaats is dan kan worden opgelegd als dezelfde gedraging buiten een terroristische context wordt verricht. Wanneer de bijzondere schadelijkheid en gevaren van terroristische uitingen evenwel reeds in de sanctienorm van het betreffende misdrijf zijn verdisconteerd, is voor een dergelijke strafverhoging geen (althans niet zonder meer)<sup>1</sup> ruimte meer.

Terrorisme is geen nieuw verschijnsel, zo bleek reeds in hoofdstuk 1. Het modern terrorisme dateert van de tweede helft van de zestigerjaren van de twintigste eeuw. Nederland heeft in de zeventigerjaren ook zelf met terroristische acties (met name

---

<sup>1</sup> Uiteraard kunnen opvattingen over de strafwaardigheid van terroristische daden veranderen. Dit kan leiden tot een gerechtvaardigde strafverhoging. Dat is evenwel iets anders dan het verhogen van de sanctienorm omdat sprake is van terrorisme. Die laatste omstandigheid was immers reeds verdisconteerd in de sanctienorm van het misdrijf. Dan is dus sprake van een doublure.

treinkapingen en gijzelingen door Zuid-Molukkers<sup>2</sup>) te kampen gehad.<sup>3</sup> Ook daarvoor bestond al politiek geweld dat destijds en / of heden ten dage als terrorisme werd of wordt gezien. Het Nederlandse strafrecht is daar ook al geruime tijd op ingericht en in verband daarmee ook regelmatig aangepast.

Daarbij zijn twee categorieën strafbaarstellingen te onderscheiden.

Sinds 1970 worden binnen de Verenigde Naties en verschillende *specialized agencies* verdragen ter bestrijding van internationaal terrorisme geconcipeerd. Deze Verdragen bevatten stevast de verplichting om een bepaalde terroristisch gedraging strafbaar te stellen en met gepaste straffen die recht doen aan de ernst van het betreffende feit te bedreigen. Nederland heeft al deze verdragen geratificeerd en geïmplementeerd. De meeste van de strafbaarstellingen waardoor die implementatie heeft plaatsgevonden, zijn met de inwerkingtreding van de WTM terroristische misdrijven geworden wanneer zij zijn begaan met een terroristisch oogmerk. Voor zover de sanctienormen nog ruimte lieten voor verdere verhoging hebben de generieke strafverhogingen van de WTM, zoals beschreven in hoofdstuk 2, plaatsgevonden.

Bij deze categorie strafbaarstellingen van terroristische daden is de doublure vaak verborgen omdat in de betreffende verdragen het terroristisch element (meestal) niet werd geëxpliciteerd.<sup>4</sup> Aangezien de Nederlandse strafbaarstelling niet een beperkter bereik mag hebben dan de omschrijving van het betreffende feit in het betreffende verdrag bestond ook voor de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de verdragen niet de mogelijkheid de toepasselijkheid van de betreffende strafbaarstellingen op bestaandeelniveau te beperken door een terroristisch element in de delictsomschrijving. Dat laat onverlet dat de sanctienorm was vastgesteld aan de hand van gevallen waarbij een dergelijk element onmiskenbaar aanwezig was. Onder die omstandigheden levert toevoeging van het terroristisch oogmerk aan de delictsomschrijving geen enkel probleem of bezwaar op voor de tekst en interpretatie van de betreffende delictsomschrijvingen. Het automatisme van de verhoging van de sanctienormen bij aanwezigheid van dat oogmerk zoals ingevoerd met de WTM is dan evenwel misplaatst. Deze categorie strafbaarstellingen komt aan de orde in hoofdstuk 5.

De tweede categorie strafbaarstellingen waarin reeds een terroristisch element was opgenomen en die door de WTM als terroristisch misdrijf zijn strafbaar gesteld wanneer zij worden begaan met een terroristisch oogmerk, betreft verschillende *Misdrijven tegen de veiligheid van de staat* (strafbaar gesteld in Titel I van het Tweede Boek van het WvSr), *Misdrijven tegen de koninklijke waardigheid* (strafbaar gesteld in Titel II van het Tweede Boek van het WvSr), *Misdrijven tegen hoofden van bevriende staten en andere internationaal beschermde personen* (strafbaar gesteld in Titel III van het Tweede Boek van het WvSr) en *Misdrijven betreffende de uitoefening van staatsplichten en staatsrechten* (Titel IV van

<sup>2</sup> In herinnering geroepen zij dat de conceptualisering van terrorisme in dit onderzoek (zo veel mogelijk) objectief plaatsvindt. De kwalificatie van de acties van de Molukse jongeren als terrorisme houdt dus zeker geen oordeel in over de legitimiteit van hun politieke claims. Die legitimiteit staat voor mij buiten twijfel. Dat betreft evenwel een politieke discussie die het bestek van een juridisch proefschrift te buiten gaat.

<sup>3</sup> Uitgebreider hierover E.R. Muller, *Terrorisme en politieke verantwoordelijkheid: gijzelingen, aanslagen en ontvoeringen in Nederland*, dissertatie RUL, Gouda Gouda Quint, 1994.

<sup>4</sup> Dat hangt samen met de in hoofdstuk 1 weergegeven problemen rond de definiëring van het begrip terrorisme. Het bleek gewoonweg niet mogelijk om binnen de Verenigde Naties overeenstemming te bereiken over een omschrijving van terrorisme.



het Tweede Boek van het WvSr). Verschil met de eerste categorie is in de eerste plaats dat deze misdrijven geen internationale oorsprong hebben. Daarnaast is bij deze strafbaarstellingen enerzijds minder duidelijk dat zij (mede) strekken ter bestrijding van terrorisme omdat zij niet (althans minder duidelijk) naar aanleiding van concrete terroristische daden tot stand gekomen zijn. Anderzijds (en dat is een derde verschil) bevatten deze strafbepalingen vaak wel een terroristisch element op bestanddeelniveau. In deze strafbaarstellingen is vaak een bestanddeel dat aan (de verwezenlijking van) het terroristisch oogmerk gelijk (of tenminste verwant) te achten is als bestanddeel in de delictsomschrijving opgenomen.

Voor deze strafbaarstellingen betreffen de doublures dus niet slechts de hoogte van de toepasselijke sanctienorm maar treden tevens tekstuele doublures op die de interpretatie van de betreffende delictsomschrijving (kunnen) beïnvloeden. Deze problemen komen in het onderhavige hoofdstuk aan de orde.

## 4.2 Inleiding

Sinds de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht worden de belangen, de organen en het functioneren van de Nederlandse staat(sinrichting) beschermd door een aantal zeer strenge strafbepalingen in de eerste Titels van het Tweede Boek. In de afgelopen honderdtwintig jaren zijn deze strafbepalingen een aantal malen gewijzigd. Sinds de inwerkingtreding van de WTM worden verschillende van deze misdrijven als terroristisch misdrijf aangemerkt wanneer zij begaan zijn met een terroristisch oogmerk.

In de volgende paragrafen zal allereerst de oorsprong, herkomst en ontwikkeling van het begrip terrorisme worden beschreven. In het bijzonder zal aandacht worden besteed aan de afgelopen honderdvijftig jaar. Die historische periode zal worden beschreven aan de hand van drie deelperioden die worden onderscheiden in de geschiedenis van het internationaal terrorisme. Die drie perioden zijn van groot belang voor de ontwikkeling van de strafbepalingen die in dit hoofdstuk centraal staan. De eerste periode verschaft de context waarbinnen in 1881 het Wetboek van Strafrecht wordt vastgesteld. De gebeurtenissen in de overige twee perioden hebben direct aanleiding gegeven tot wijziging en aanvulling van de strafbepalingen waar het onderhavige hoofdstuk om draait.

Vervolgens zal aan de hand van de totstandkomingsgeschiedenis van de oorspronkelijke bepalingen en de latere wijzigingen en aanvullingen in het perspectief van de tijd waarin zij tot stand kwamen, getracht worden na te gaan in hoeverre de delictsomschrijvingen en sanctienormen van de betreffende misdrijven in hun oorspronkelijke vorm reeds waren afgestemd op het fenomeen dat vandaag de dag als terrorisme wordt beschouwd en waarvoor drastische strafverhoging ten opzichte van gewone misdrijven noodzakelijk werd geacht. Indien daarvoor aanleiding bestaat, zal uitgebreider bij de inhoud en het bereik van de betreffende strafbepalingen worden stilgestaan.

Tenslotte zal worden vastgesteld of voor de door de WTM geïntroduceerde strafverhoging nog ruimte bestond of dat hier sprake is geweest van doublures alsmede of het feit dat het terroristisch oogmerk aan de delictsomschrijvingen van de betreffende strafbaarstellingen moet kunnen worden toegevoegd gevolgen heeft voor de interpretatie van die delictsomschrijvingen en, zo ja, hoe die delictsomschrijvingen dan moeten worden uitgelegd.

### 4.3 Achtergrond, totstandkoming en inhoud

Vrij algemeen worden in nationale en internationale literatuur de oorsprong en eerste uitingen van terrorisme veel vroeger gedateerd dan de zestigerjaren van de vorige eeuw, die als het begin van het tijdperk van het modern terrorisme worden aangewezen.

Volgens Stolwijk heeft het strafrecht oude papieren als het gaat om het beteugelen van revolutionaire terroristische bewegingen. Hij merkt in dit verband op dat niet voor niets de eerste titel van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht gewijd is aan misdrijven tegen de veiligheid van de staat. Als kenmerk van de betreffende strafbepalingen wijst hij erop dat zij stevast vergezeld worden door bepalingen die voorbereiding of poging tot die delicten strafbaar stellen. Dit gedeelte van het Nederlands strafrecht is eigenlijk altijd al bijzonder geweest in die zin dat bewust wordt gebroken met uitgangspunten die bij de strafbaarstelling van de gewone misdrijven doorgaans worden afgewezen. Dat dit niet als problematisch wordt ervaren, volgt volgens hem uit het feit dat deze afwijkingen niet zo opvallen omdat de meeste van deze bepalingen nimmer zijn toegepast.<sup>5</sup>

Strijards onderscheidt drie golven van transterritoriaal, schijnbaar georganiseerd terrorisme in West-Europa. De laatste, die hij als eerste bespreekt, betreft de gijzelingen in de zeventigerjaren van de twintigste eeuw die hieronder<sup>6</sup> nog besproken zullen worden. Het gaat daarbij vooral om de acties van jonge Zuid-Molukkers en links-radicale groeperingen. Deze dateert hij tussen 1974 en 1984.

De tweede, die hij als derde bespreekt, speelt zich af tussen 1933 en 1939 vooral in Duitsland en is gericht tegen de joden. De reactie die door deze golf wordt uitgelokt, zal uiteindelijk tot het hoogtepunt van deze golf, de Reichskristallnacht, leiden. Deze tweede golf heeft, in het ruimere verband van de Tweede Wereldoorlog, groot belang voor het Nederlandse strafrecht gehad.

Voor het onderhavige hoofdstuk is, naast deze tweede golf, met name de eerste golf, die Strijards als tweede bespreekt, van belang. Deze golf vindt plaats in de periode van 1850 tot 1914. Het gaat daarbij om aanslagen op staatshoofden, regeringsleiders of hun familieleden, vaak met bommen of dynamiet door (met name anarchistische) revolutionairen. Deze eerste golf vangt aan met de moordaanslag op de Franse Keizer Napoleon III in 1850 en eindigt in 1914 met de moord van de Oostenrijkse kroonprins Franz Ferdinand II en diens vrouw in Bosnië-Herzegovina door de Servische nationalist Gravillo Prinzip<sup>7</sup> waardoor de Eerste Wereldoorlog zou uitbreken.<sup>8</sup>

#### 4.3.1 Terrorisme: herkomst en vroege uitingen

Het gebruik van de term *terreur* gaat in ieder geval terug tot de Franse revolutie. De jaren 1793-1794 (*règne de la terreur*) werden gekenmerkt door onderdrukking, opschorting van rechten en executies door middel van de guillotine. In die tijd had de term *terreur* een positieve betekenis. Het betrof een beleid dat erop gericht was het nieuwe

<sup>5</sup> S.A.M. Stolwijk, Het strafrecht en de strijd tegen het terrorisme: bondgenoot of vijand?, in Dolman (red.), *Terrorisme, Europa en strafrecht*, o.c., p. 41.

<sup>6</sup> Paragraaf 5.3.1.1.

<sup>7</sup> G.A.M. Strijards, *Terrorismebestrijding op Unieniveau en de respectering van mensenrechten*, in Van Dongen, Groothuis, Janssen, Vermeulen, Van der Vlis (red.), *Terrorismebestrijding met mensenrechten*, o.c., p. 80-82.

<sup>8</sup> Wilkinson, *Terrorism versus Democracy*, o.c., p. 220.

bestuur dat de macht van de koning en de adel had overgenomen in het zadel te houden. In deze originele betekenis had de terreur juist betrekking op de verwezenlijking van de democratie.<sup>9</sup> Naar aanleiding van deze periode worden de termen *terrorism* en *terrorists* voor het eerst in de Engelse taal gebezigd in 1795.<sup>10</sup>

Uitingen van politiek en of religieus geweld bedoeld om angst te zaaien zijn evenwel nog veel ouder. Verschillende internationaal vermaarde auteurs beginnen hun beschrijving van de historische ontwikkeling van het fenomeen terrorisme net na de aanvang van onze jaartelling in de periode 66 tot 73 na Christus. In het door de Romeinen bezette Palestina was in die periode een Joodse groep actief die zich tegen de bezetting verzette, met name door collaborerende Joden te vermoorden. Daarvoor gebruikten zij een korte dolk, *sica* genaamd. De groep werd, vanwege het gebruikte wapen, bekend onder de naam *sicari*. Het Engelse woord *zealot* (dat fanaat, activist, kruisvaarder of militant betekent) zou van deze groep afkomstig zijn. Naast het gebruik van de *sica* verwierf de groep bekendheid door vergiftiging van waterbronnen, het saboteren van de waterleiding van Jeruzalem en brandstichting. De groep hield in 73 op te bestaan na collectieve zelfmoord in het fort van Massada dat door de Romeinen belegerd werd.

Een tweede groep terroristen avant la lettre betreft de Assasijnen. Het betrof hier een radicale splintergroepering van de Ismaili-stroming van Sjiietische moslims die het in de periode 1090 tot 1272 opnam tegen kruisridders die Syrië en Iran probeerde te veroveren. Voor Assasijnen was het vermoorden van de onrechtvaardigen en de dienaren van de onrechtvaardigen een religieuze plicht die door geestelijken werd gepredikt op basis van heilige geschriften. Onderdeel van de religieuze verheerlijking van geweld onder de Assasijnen was de overtuiging dat wie stierf tijdens het plegen van een religieuze aanslag onmiddellijk zou worden opgenomen in het hemels paradijs. Daarmee vertoont de Assasijnse visie op religieus geweld sterke overeenkomsten met de visie op het martelaarschap die heden ten dage voorkomt in de extremistischer interpretaties van bepaalde religies. De betekenis van het woord Assasijn zou terug te voeren zijn op hasj-eter. De naam van de groep verwijst daarmee naar de rituele zelfintoxicatie die voorafgaand aan aanslagen zou hebben plaats gevonden. Het Engelse woord *assasin* (sluipmoordenaar) is van de naam van deze groep afgeleid.<sup>11</sup>

#### 4.3.2 Terrorisme, oorlog en revolutie; tweede helft negentiende en eerste helft twintigste eeuw

De Franse revolutie is niet slechts voor het ontstaan van de terminologie die wij heden ten dage nog gebruiken doch tevens in een ander opzicht van belang geweest voor de ontwikkeling van politiek gemotiveerd geweld in West-Europa. Buiten Frankrijk groeide als gevolg van de ontwikkelingen in Frankrijk de afkeer van monarchieën. Concepten als staat en burger begonnen zich te ontwikkelen aan de hand van de gedeelde identiteit van het volk in plaats van langs de lijnen van koningshuizen. Zo ontstonden nieuwe natiestaten als Duitsland en Italië. Onder invloed van de industriële revolutie en de uitbuitingen van het negentiende-eeuwse kapitalisme voltrokken zich

<sup>9</sup> Hoffman, *Inside terrorism*, o.c., p. 15.

<sup>10</sup> Guelke, *The age of terrorism*, o.c., p. 3; Hoffman, *Inside terrorism*, o.c., p. 17.

<sup>11</sup> Hoffman, *Inside terrorism*, o.c., p. 88, 89; Laqueur, *The new terrorism*, o.c., p. 10, 11; Wilkinson, *Terrorism versus Democracy*, o.c., p. 58, 59.

ook sociaaleconomische veranderingen die aanleiding gaven tot nieuwe ideologieën (zoals het marxisme / communisme).

#### **4.3.2.1 Voor de eerste wereldoorlog**

Tegen een achtergrond van nationale spanningen en sociale onzekerheden gaf de tweede helft van de negentiende eeuw een sterke opkomst van politiek, revolutionair geweld te zien.

#### **Revolutionair geweld**

Rond 1850 zijn er verschillende (met name) anarchistische denkers en schrijvers die openlijk geweld tegen politieke machthebbers propageren. Eén van de eerste organisaties die de ideeën van revolutie en propaganda door de daad in de praktijk brengen, is de Russische Narodnaya Volya (Wil van het volk). In 1878 schoot een lid van deze groep de toenmalige gouverneur van Moskou, Generaal Trepov dood. In maart 1881 pleegden vier leden van Narodnaya Volya een dodelijke bomaanslag op Tsaar Alexander II. De reactie van de geheime politie die op deze liquidatie volgde, leidde ertoe dat de belangrijkste leden van de groep kort na de aanslag werden gearresteerd, berecht en opgehangen. Daarmee was de eerste generatie van Narodnaya Volya opgehouden te bestaan. Latere generaties probeerden de strijd opnieuw op te pakken. Zij hadden echter weinig succes.

In 1908 werd de Servische groep Narodna Obrana (Verdediging van het volk) opgericht. De groep had in eerste instantie het bevorderen van nationale en culturele activiteiten tot doel. Gaandeweg kreeg de organisatie evenwel steeds meer een anti-Oostenrijks karakter in verband met de annexatie van Bosnië-Herzegovina door Oostenrijk in 1908. Dat oefende een sterke aantrekkingskracht uit op jonge Bosniërs. Een radicale splintergroepering van Narodna Obrana, Ujedinjenje ili Smrt (Unie van de dood), ook wel Crna Ruka (Zwarte hand) genoemd, maakte zich in 1911 los. Van deze groepering zou Prinzip zijn training ontvangen. Crna Ruka zond Prinzip ook naar Bosnië-Herzegovina om de aanslag te plegen, maar hun leider blies op het laatste moment, onder druk van de Servische regering, de missie af. Daar wilde Prinzip evenwel niets van weten en hij zette zijn plan door.<sup>12</sup>

#### **Totstandkoming Wetboek van Strafrecht**

Alhoewel de termen terreur, terrorisme en terrorist nog geen deel uitmaakten van de vocabulaire van de gemiddelde burger zoals vandaag de dag, staat aldus buiten twijfel dat politiek en religieus geweld zeer zeker geen verschijnselen waren waarbij de wetgever aan het einde van de negentiende geen enkele voorstelling kan hebben gehad. Ten tijde van de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht ging het daarbij met name om revolutionair geweld door anarchisten en nationalist.

De totstandkomingsgeschiedenis van het Wetboek wekt niet bepaald de indruk dat de Nederlandse wetgever meende dat sprake was van een onmiddellijke dreiging voor de Nederlandse samenleving en het Nederlandse staatsbestel. Minister Modderman stelt, in antwoord op de vraag of het algemene strafminimum van één dag wel kon gelden voor het misdrijf van art. 92 Sr (de aanslag op het staatshoofd), immers als volgt:

<sup>12</sup> Hoffman, *Inside terrorism*, o.c., p. 17-23; Laqueur, *The new terrorism*, o.c., p. 12-19.

Van twee dingen een. Of wij leven in een normalen tijd, en dan kan ik mij niet voorstellen dat er een regter in Nederland zou zijn te vinden, die waar het den koning geldt eene andere straf zou opleggen dan de allerzwaarste. Of wel wij leven in een tijd van revolutie, en dan zou men zich –de ervaring heeft het elders geleerd– door geene strafpositie gebonden achten.<sup>13</sup>

Tegelijkertijd blijkt uit dit citaat dat de Nederlandse wetgever rond 1880 niet geheel en al onwetend was ten aanzien van de mogelijkheid en de gevaren van revolutionair geweld.

#### **4.3.2.2 De eerste wereldoorlog en de communistische revolutie**

Ten tijde van het uitbreken van de eerste wereldoorlog verandert het beeld rond revolutionair geweld. Het geweld door nationalist en anarchisten neemt af. De dreiging van politiek geweld en revolutie komt dan uit communistische hoek.

#### **Internationale ontwikkelingen**

De eerste wereldoorlog, waarin Rusland ter bescherming van Servië tegen bezetting door Oostenrijk tegen Oostenrijk en Duitsland ten strijde trekt, brengt Rusland op de rand van de afgrond. De verliezen aan het front en beroerde economische situatie in het land doen de onvrede onder het volk en het verzet tegen de Tsaar toenemen. In 1917 breekt in Rusland een revolutie uit. Rusland trekt zich daarop terug uit de eerste wereldoorlog. Verschillende groeperingen strijden daaropvolgend in Rusland om de macht, hetgeen culmineert in een burgeroorlog. Uiteindelijk overwinnen de Bolsjewieken onder leiding van Lenin en Trotski.

In 1918, tegen het einde van de oorlog, ontwikkelen zich ook in Duitsland steeds meer sociale protesten en stakingen van arbeiders en soldaten. De Duitse revolutie en de vlucht van de Duitse Keizer naar Nederland gaan met veel minder geweld gepaard dan de Russische revolutie. Toch komt het gevaar van omwenteling steeds dichterbij Nederland in de buurt.

#### **Inloed op Nederland**

Gesterkt door de gebeurtenissen in Duitsland roept in Nederland medeoprichter en voorman van de SDAP (Sociaal Democratische Arbeiderspartij)<sup>14</sup> Pieter Jelles Troelstra in november 1918 eveneens op tot revolutie. Zijn oproep vindt in Nederland nauwelijks weerklank.

#### *Wetswijziging*

Alhoewel in Nederland nauwelijks gevaar voor een naderende revolutie bestaat, wordt de dreiging van dat gevaar door de regering realistisch genoeg geacht om met een wetsvoorstel *tot bestrijding van revolutionaire woelingen* te komen.

<sup>13</sup> Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel, o.c., p. 13, 14.

<sup>14</sup> De SDAP werd in 1894 opgericht. In 1909 werden de Marxisten uit de partij verwijderd. Zij zouden later de CPN (Communistische Partij Nederland) gaan vormen. In 1946 zou een fusie van de SDAP met de links liberale VDB (Vrijzinnig Democratische Bond) en de christensocialistische CDU (Christelijk Democratische Unie) tot de oprichting van de PvdA leiden.

Dat men van de oproep van Troelstra evenwel bepaald niet onder de indruk is geraakt, blijkt wel uit het feit dat dit voorstel eerst op 15 april 1920<sup>15</sup> wordt ingediend. Behandeling van het wetsvoorstel geschiedt vervolgens wel zeer snel. Minder dan drie maanden later komt de Wet tot bestrijding van revolutionaire woelingen<sup>16</sup> tot stand. Zoals hieronder zal blijken, heeft deze wet een aantal wijzigingen van meer dan ondergeschikt belang met zich meegebracht. Het betreft dan met name de invoeging van de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen in art. 96 lid 2 Sr.<sup>17</sup>

Op deze plaats is van belang om op te merken dat in het parlement veel kritiek van uiteenlopende aard is geweest op het wetsvoorstel tot bestrijding van revolutionaire woelingen. Die kritiek vertoont op onderdelen opvallende overeenkomsten met de kritiek die bij de behandeling van het voorstel tot de WTM is geleverd.

### *Parlementaire discussie*

In de Tweede Kamer werd opgemerkt dat de regering met een dergelijk wetsvoorstel de revolutie niet stuiten kan. Dat zou alleen kunnen door de oorzaken weg te nemen die tot het ontstaan van de revolutionaire beweging hebben geleid. Aanneming van dit wetsvoorstel zou het verzet van het proletariaat slechts vergroten. De strijd tegen het kapitalisme en de burgerlijke staat zal door de verbittering bij de arbeiders die aanneming van dit wetsvoorstel meebrengt alleen maar feller worden, tenzij die wet een dode letter blijft.

Ook kamerleden die minder heil van de communistische staat verwachtten, meenden dat de arbeiders wel onredelijk zwaar getroffen werden door dit wetsvoorstel. Dit wetsvoorstel zou hen het recht ontnemen openlijk over de revolutie te beraadslagen. Over dergelijke belangrijke vraagstukken moeten zij echter vrijelijk hun gedachten kunnen laten gaan. Dat geldt te meer nu de mogelijkheden om veranderingen langs democratische weg te verwezenlijken volgens deze parlementariërs helemaal niet zo groot zijn als de regering in de memorie van toelichting wil doen geloven. De invloed van de geestelijkheid en het kapitaal op de samenstelling van de Tweede Kamer wordt zodanig gevonden dat die Kamer niet geacht kan worden een meerderheid der kiezers te vertegenwoordigen. Zelfs als dit anders zou zijn, bestaat door de zittingstermijn van vier jaren de mogelijkheid dat de wil van een meerderheid van de Tweede Kamer niet langer correspondeert met die van een meerderheid der bevolking. In dat kader merken zij ook op dat de Eerste Kamer ook bepaald niet op democratische wijze tot stand is gekomen, dat initiatief wetsvoorstellen van parlementsleden zonder medewerking van de regering geen wet kunnen worden en dat een minderheid een grondwetswijziging kan blokkeren. Ook deze kamerleden vrezen dat de aanneming van het wetsvoorstel het verzet slechts zal prikkelen.

Weer anderen meenden dat de voorgestelde regeling helemaal niet nodig was. Voor een revolutie miste de Nederlandse samenleving immers de noodzakelijke communistische voedingsbodem. Ook deze leden benadrukten overigens dat wettelijke voor-

<sup>15</sup> TK 1919-1920, 428, nr. 1.

<sup>16</sup> Wet van 28 juli 1920, Stb. 1920, 619, houdende nadere voorzieningen tot bestrijding van revolutionaire woelingen.

<sup>17</sup> Deze bepaling kwam uitgebreid aan de orde in de paragrafen 3.2.3 tot en met 3.2.5.

schriften de revolutie toch niet zullen kunnen tegenhouden maar eerder prikkelend zullen werken.

Ook werd opgemerkt dat de wetgeving om op te treden tegen revolutionaire woelingen voldoende compleet was, maar juist niet moest worden toegepast omdat het particulier initiatief de revolutie effectiever zou kunnen smoren. Enkele van de parlementariërs die het voorstel overbodig achtten, spraken de vrees uit dat zo het beeld zou ontstaan van een wetgever die handelt uit angst voor de revolutie of om een overtrokken publieke opinie te sussen. Een enkel lid zag in het voorstel een poging om politieke delicten te introduceren in het Nederlandse strafrecht.

Er was evenwel ook steun voor het voorstel. Deze kamerleden meenden dat het algemeen kiesrecht voldoende waarborgen bood om langs wettige weg veranderingen te bewerkstelligen. Het gevaar van revolutie zou uitgaan van een kleine minderheid die door middel van geweld haar wil aan de meerderheid wil opleggen. Daartegen treedt de regering met dit wetsvoorstel dan terecht op. Dat het wetsvoorstel zich daarbij in het bijzonder zou richten op een bepaalde klasse wordt door deze leden ontkend. Arbeiders worden ook helemaal niet beperkt in het maken van propaganda of het voeren van actie voor hun denkbeelden. De bepalingen richten zich tegen hen die revolutionaire woelingen nastreven en beperken dan ook slechts die personen in hun vrijheid. Het wetsontwerp zou niet in strijd zijn met de vrijheid, maar die vrijheid juist beschermen. Dat een onmiddellijke en dringende noodzaak voor de voorgestelde wijzigingen niet kan worden aangetoond, was voor deze leden geen reden hun steun aan het voorstel te onthouden. Als gewacht moet worden totdat feitelijk is komen vast te staan dat het bestaand instrumentarium niet voldoet, kan het te laat zijn.<sup>18</sup>

### Terrorisme

Opvallend genoeg wordt het communistisch revolutionair geweld van de eerste helft van de twintigste eeuw nauwelijks behandeld in literatuur over internationaal terrorisme. Slechts zijdelings wordt er zeer incidenteel aan gerefereerd.<sup>19</sup> Kennelijk past dit geweld niet goed bij de beeldvorming rond terrorisme. Dat is opmerkelijk omdat het hier geweld betreft dat gericht was tegen de staat en bedoeld was om de staat en de samenleving fundamenteel anders in te richten. Precies voor die wens wordt met de WTM strafverhoging geïntroduceerd voor misdrijven die zijn begaan met het *oogmerk om de fundamentele politieke, constitutionele, economische of sociale structuren van een land of een internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen*. Groeperingen die in de zestiger- en zeventigerjaren misdrijven plegen om een marxistische revolutie op gang te brengen, zoals de Duitse Rote Armee Faktion, de Italiaanse Rode Brigade en het Japanse Rode Leger, worden vrij algemeen wel als terroristische groeperingen aangemerkt.<sup>20</sup> Die opmerkelijke discrepantie zou verklaard kunnen worden als een andere omstandigheid dan het oogmerk van de betreffende groepering eveneens van belang wordt geacht voor beantwoording van de vraag of in een bepaald geval sprake is van terrorisme.

<sup>18</sup> TK 1919-1920, 428, nr. 4, p. 5-7.

<sup>19</sup> Laqueur, *The new terrorism*, o.c., p. 22; Wilkinson, *Terrorism vs democracy*, o.c., p. 2, 11.

<sup>20</sup> Hoffman, *Inside terrorism*, o.c., p. 16, 35, 80-84, 157-161, 167-170, 174-179, 197, 198; Laqueur, *The new terrorism*, o.c., p. 28-30, 40, 54, 82, 83, 91, 94, 95, 166-169, 227, 260; Wilkinson, *Terrorism vs democracy*, o.c., p. 20, 27, 28, 37, 52, 53, 98, 99, 222-224.

Meest aannemelijke oorzaak voor het niet in terroristische termen gieten van dit geweld lijkt de intensiteit ervan te zijn. De Duitse revolutie verliep met relatief weinig geweld. De Russische met extreem veel. Het lijkt waarschijnlijk dat de geweldsdrempel voor terrorisme in Duitsland niet werd gehaald terwijl die drempel in Rusland ruimschoots werd overschreden. De Russische revolutie en daaropvolgende burgeroorlog worden eerder beschreven als voorbeeld van een *insurgency* (volksopstand, rebellie) dan in termen van terreur en terrorisme.<sup>21</sup> Het concept (burger)oorlog wordt als verwoestender en bedreigender voor samenlevingen beschouwd dan terrorisme.<sup>22</sup> Geweld dat in dergelijke situaties van gewapend conflict tegen burgers wordt gepleegd zal dan eerder als genocide, misdrijf tegen de menselijkheid of oorlogsmisdrijf<sup>23</sup> dan als terrorisme worden aangemerkt.

#### 4.3.2.3 Dertigerjaren, tweede wereldoorlog en daarna

De term terrorisme duikt weer wel expliciet op in verband met geweld in de dertigerjaren van de twintigste eeuw. Het gaat dan om het geweld dat Strijards beschreef als de tweede terroristische golf. Alhoewel Strijards zijn tweede golf duidelijk in Duitsland situeert in de periode 1933-1939 noemen anderen in hetzelfde verband Stalinistisch Rusland en het Italië van Mussolini.<sup>24</sup>

#### Ontwikkeling internationaal recht

Aan het einde van de tweede terroristische golf breekt de Tweede Wereldoorlog uit. Deze oorlog is, mede vanwege de wrede daden die begaan zijn tegen burgers, van groot belang geweest voor de ontwikkeling van het internationaal recht vanaf de tweede helft van de veertigerjaren van de twintigste eeuw.

Zo heeft de oprichting van zowel de EU (eerst als Europese Gemeenschap van Kolen en Staal) als die van de Verenigde Naties snel na de tweede wereldoorlog plaatsgevonden om voor de toekomst vrede en veiligheid te garanderen.<sup>25</sup> Het EVRM is tot stand gekomen als reactie op de wrede daden die door het naziregime tegen burgers waren begaan.<sup>26</sup> Ook rechtspraak door internationale instanties is als reactie op de tweede wereldoorlog voor het eerst echt van de grond gekomen. Naast de rechtsprekende onderdelen van de hiervoor genoemde organisaties (het Hof van Justitie, het Internationaal Gerechtshof en het EHRM) gaat het dan om de Tribunalen van Neurenberg<sup>27</sup> en Tokio<sup>28</sup>. Soortgelijke tribunalen zijn later in het leven geroepen voor Joegoslavië<sup>29</sup>

<sup>21</sup> Wilkinson, *Terrorism vs democracy*, o.c., p. 2, 11.

<sup>22</sup> Wilkinson, *Terrorism vs democracy*, o.c., p. 17, 47-49, 84.

<sup>23</sup> Zie voor de uitleg van deze begrippen de art. 6-8 Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof, Rome 17 juli 1998, Trb. 1999, 13.

<sup>24</sup> Hoffman, *Inside terrorism*, o.c., p. 23, 24; Laqueur, *The new terrorism*, o.c., p. 22; Wilkinson, *Terrorism vs democracy*, o.c., p. 1, 13.

<sup>25</sup> Malanczuk, Akehurst's *Modern Introduction to International Law*, o.c., p. 26, 27; R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht*, 11<sup>e</sup> druk, Kluwer, Deventer, 2003, p. 18, 19.

<sup>26</sup> Y. Klerk, *De ontstaansgeschiedenis van de Europese Conventie*, in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek, J. van der Velde (red.), *40 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*, Opstellen over de ontwikkelingen van het EVRM in Straatsburg en in Nederland 1950-1990, Speciaal nummer NJCM Bulletin / Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten, Leiden, 1990, p. 3-15.

<sup>27</sup> Agreement van Londen van 8 augustus 1945

<sup>28</sup> Executive decree of General D. MacArthur, Supreme Commander for the Allied Powers in Japan van 19 januari 1946.

<sup>29</sup> S / RES / 808 (1993); S / RES / 827 (1993).



en Rwanda<sup>30</sup>. Hoogtepunt in deze ontwikkeling is de oprichting van het Internationaal Strafhof.<sup>31</sup>

De (internationale) politiek en het (internationale) recht worden in de naoorlogse jaren tevens sterk beïnvloed door de koude oorlog. De totstandkoming van het EVRM is bijvoorbeeld versneld door de gevoelde noodzaak om de verspreiding van totalitarisme en de daarbij behorende beperking van vrijheid in Europa tegen te gaan.<sup>32</sup> Daarnaast zijn de oprichting van de NAVO, de West-Europese Unie en het Warschauw-Pact typisch producten van de koude oorlog.<sup>33</sup>

### **Invloed op het Nederlands strafrecht**

Deze beide ontwikkelingen hebben ook in de Nederlandse verhouding op politiek en recht een sterke invloed gehad. Zowel bestraffing van misdrijven in oorlogstijd begaan als de dreiging van het naderende communisme worden weerspiegeld in de Wet Oorlogsstrafrecht (WOS)<sup>34</sup>.

De invoering van de WOS ging gepaard met een aantal wijzigingen in het Wetboek van Strafrecht, voornamelijk misdrijven tegen de veiligheid van de staat. Verschillende kamerleden merkten tijdens de parlementaire behandeling op dat het wetsvoorstel zich wel heel erg richtte op bepaalde groepen in de samenleving en dan met name de communistische.<sup>35</sup> Die wijzigingen komen hieronder uitgebreid aan de orde.

Voor een goed beeld van de maatschappelijke context waarin de betreffende wijzigingen in het Wetboek van Strafrecht tot stand kwamen, wordt op deze plaats een korte indruk van de WOS geschetst. Die wet houdt voornamelijk bijzondere strafbaarstellingen voor misdrijven begaan *in geval*<sup>36</sup> *van oorlog*<sup>37</sup> in. Dat de gruwelen van de tweede wereldoorlog nog vers in het geheugen lagen blijkt wel uit het feit dat de WOS de doodstraf herinvoert voor ernstige misdrijven begaan in geval van oorlog. Dat gebeurt op twee verschillende manieren. Allereerst door strafbepalingen die als sanctienorm, naast de levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren, de doodstraf bevatten. Daarnaast via een omweg. Art. 1 WOS verklaart de bepalingen van de WOS van overeenkomstige toepassing op een aantal commune misdrijven (waaronder de misdrijven van de eerste twee titels van het Wetboek van Strafrecht) wanneer

<sup>30</sup> S / RES / 955 (1994).

<sup>31</sup> Statuut van Rome inzake het Internationale Strafhof; Rome, 17 juli 1998; Trb. 1999, 13 (Nederlandse vertaling Trb. 2000, 120).

<sup>32</sup> Klerk, De ontstaansgeschiedenis van de Europese Conventie, o.c., p. 4.

<sup>33</sup> Malanczuk, Akehurst's Modern Introduction to International Law, o.c., p. 95.

<sup>34</sup> Wet van 10 Juli 1952, houdende vaststelling van de Wet Oorlogsstrafrecht alsmede van enige daarmede verband houdende wijzigingen in het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Militair Strafrecht en de Invoeringswet Militair Straf- en Tuchtrect, Stb. 1952, 408.

<sup>35</sup> TK 1951-1952, 2258, nr. 4, p. 15.

<sup>36</sup> De memorie van toelichting (TK 1950-1951, 2258, nr. 3, p. 5) wijst op het onderscheid tussen *geval van oorlog* en *tijd van oorlog*. Van *geval van oorlog* is eerst sprake indien feitelijk oorlogshandelingen worden gepleegd. *Tijd van oorlog* heeft een ruimere betekenis nu daar volgens art. 87 lid 3 Sr tevens de tijd dat oorlog dreigende is en gedurende de tijd dat dienstplichtigen buitengewoon worden opgeroepen en buitengewoon in werkelijke dienst worden gehouden. De WOS geldt alleen in *geval van oorlog*.

<sup>37</sup> Het moet daarbij gaan om een oorlog, burgeroorlog of vredesmissie waarbij Nederland op enige wijze betrokken is; G.L. Coolen, Militair straf- en strafprocesrecht, Kluwer, Deventer, vierde druk, 2004, p. 147, 148.

zij zijn begaan in geval van oorlog. Art. 12 leden 1 en 2 WOS dragen de berechting van deze misdrijven op aan de militaire rechter of aan bijzondere rechtbanken en het Bijzonder Hooggerechtshof. Art. 2 WOS stelt dat de bepalingen uit het WMS daarbij overeenkomstige toepassing vinden en dat de gerechten van art. 12 WOS daarbij gelden als gerechten in de zin van het WMS. Art. 45 WMS geeft de in die bepaling bedoelde militaire rechter de bevoegdheid<sup>38</sup> de doodstraf op te leggen voor misdrijven die krachtens het commune recht met levenslang worden bedreigd.<sup>39</sup> Op 1 januari 1991 is de doodstraf uit het Nederlandse militaire strafrecht verdwenen door het schrappen van art. 45 WMS.<sup>40</sup> Daarenboven zijn met de inwerkingtreding van de WOS, zoals hieronder uitgebreid aan de orde zal komen, de sanctienormen van verschillende misdrijven tegen de staat substantieel verhoogd.

## Terrorisme

De tweede wereldoorlog wordt niet in termen van terrorisme beschreven. Dit heeft naar alle waarschijnlijkheid dezelfde oorzaak als hiervoor aangewezen voor het niet in termen van terrorisme duiden van de Russische revolutie. Het geweld van de tweede wereldoorlog was (met name in verband met het bombarderen van steden, zelfs met atoombommen en de inrichting van massavernietigingskampen voor etnische zuiveringen) te grootschalig, te wreed en te alomtegenwoordig om nog in termen van terrorisme te kunnen worden uitgedrukt.

Opmerking verdient overigens dat deze benadering niet inconsistent is met het gegeven dat aanslagen zoals die van 11 september 2001 veel dodelijke slachtoffers maken en evenmin met de eventuele dreiging dat terroristische groeperingen wellicht in de (nabije) toekomst de beschikking krijgen over massavernietigingswapens die zij bereid zijn te gebruiken. Ten aanzien van de aanslagen 11 september 2001 geldt immers dat, ongeacht de verwoestende kracht ervan, het aantal dodelijke slachtoffers ver achterblijft bij dat van etnische conflicten zoals in het voormalig Joegoslavië, Rwanda en Somalië. De aanslagen van 11 september vonden op een enkele dag plaats. Daarnaast moet worden opgemerkt dat de duiding van de aanslagen van 11 september 2001, vanwege hun voor terroristische aanslagen ongekende slachtofferaantallen, vaak plaatsvond op de grens van de terrorisme- en de oorlogsterminologie. Verschillende auteurs op het gebied van het internationale strafrecht hebben zich immers, overigens met wisselende uitkomsten, gebogen over de vraag of terrorisme in het algemeen en deze aanslagen in het bijzonder niet kunnen worden beschouwd als genocide of misdrijven tegen de menselijkheid.<sup>41</sup> De neiging om vanwege het slachtofferaantal verder te kijken dan de

<sup>38</sup> Mits met eenparigheid van stemmen het feit bewezen en de verdachte strafbaar is verklaard.

<sup>39</sup> TK 1950-1951, 2258, nr. 3, p. 7; TK 1951-1952, 2258, nr. 10.

<sup>40</sup> Wet van 14 juni 1990, Stb. 1990, 368.

<sup>41</sup> Zie onder (veel) meer: R. Bruin en K. Wouters, *Terrorism And The Non-Derogability Of Non-Refoulement*, *International Journal of Refugee Law*, januari 2003, 2003.15(5); A. Cassese, *Terrorism Is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories Of International Law*, *European Journal of International Law*, november 2001, 12 (1993); A. Cassese, *Is the ICC Still Having Teething Problems?*, *Journal of International Criminal Justice*, juli 2006, 4 3 (434); R. Chibueze, *United States objection to the International Criminal Court: a paradox of "operation Enduring Freedom"*, *Annual Survey of International & Comparative Law*, Golden Gate University School of Law, 2003, 19; M. Deflem, *International Processes: Global Rule of Law or Global Rule of Law Enforcement?* *International Police Cooperation and Counter-terrorism*, *The Annals of The American Academy of Political and Social Science*, januari 2006, 603, 240; N. Keijzer, *Terror-*

normale juridische modellen voor terrorisme lijkt hier dus onmiskenbaar aanwezig. Zo bepleitte Ellian naar aanleiding van de aanslagen van 11 september 2001 de totstandkoming van een nieuwe rechtsruimte tussen oorlogsrecht en strafrecht voor de bestrijding van terrorisme.<sup>42</sup>

Dat men ten tijde van de invoering van de WOS wel degelijk een idee had van het begrip terrorisme blijkt uit de strafbaarstelling van art. 8 lid 3 onderdeel 5° WOS. Die bepaling stelt de doodstraf, levenslange gevangenisstraf of tijdelijke gevangenisstraf van ten hoogste twintig jaren op *schending van de wetten en gebruiken van de oorlog* <sup>(43)</sup> *indien het feit uiting is van een politiek van stelselmatige terreur of wederrechtelijk optreden tegen de gehele bevolking of een bepaalde groep daarvan*. Niet alleen het gebruik van de term *terreur* bevat een verwijzing naar terrorisme. Ook de gerichtheid tegen de (burger)bevolking of een deel daarvan betreft een element dat ook in latere juridische instrumenten als het Internationaal Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme en het Kaderbesluit terrorismebestrijding als wezenskenmerk van terrorisme wordt aangewezen, al betreft in art. 8 WOS een omschrijving die nevens geschikt is aan de *politiek van stelselmatige terreur*. Met de inwerkingtreding van de WIM<sup>44</sup> op 1 oktober 2003 is art. 8 WOS vervallen.

#### 4.3.4 Betekenis revolutie en oorlog voor de WTM

Het voorgaande brengt mijns inziens mee dat voor zover de hieronder te bespreken strafbepalingen in het bijzonder blijken te zijn ingevoerd of aangepast in verband met gevaren en gevolgen van revolutie en oorlog dat daarin omstandigheden verdisconteerd zijn waarvan een zeker zo grote dreiging voor samenleving en staat uitgaat als van welke manifestatie van terrorisme dan ook. Die conclusie heeft gevolgen voor de mate waarin ruimte kan bestaan voor aanscherping van sanctienormen in verband met de ‘nieuwe’ dreiging die van het modern terrorisme uitgaat. Die ruimte moet dan immers beperkt of wellicht helemaal afwezig worden geacht.

#### 4.4 Strafrechtelijke bescherming van (het functioneren van) de staat

In de eerste Titels van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht zoals dat 1881 tot stand kwam, is ruime aandacht voor (gewelds)misdrijven die de Nederlandse staat rechtstreeks in gevaar brengen of die een gevaar vormen voor de vrijheid van handelen van bepaalde organen en personen. In het navolgende zal de aandacht bepaald blijven tot de misdrijven die sedert de inwerkingtreding van de WTM worden aangemerkt als terroristisch misdrijf wanneer zij zijn begaan met een terroristisch oog-

---

isme een ‘core crime’?, in Dolman (red.), *Terrorisme, Europa en strafrecht*, o.c., p. 9-15; D. Kretzmer en B.W. Wayne, *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?*, *European Journal of International Law*, april 2005, 16 (171); V.-J. Proulx, *Rethinking the Jurisdiction of the International Criminal Court in the Post-September 11th Era: Should Acts of Terrorism Qualify As Crimes Against Humanity?*, *American University International Law Review*, 2004, 1009; A. Samuels, *The International Criminal Court*, *Journal of Criminal Law*, augustus 2006, 70 4 (317); N. Schrijver, *Responding to international terrorism, moving the frontiers of international law for ‘Enduring Freedom’*, in *The Law on Terror; Terrorism and Human Rights*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2003, p. 20.

<sup>42</sup> Ellian, *Oorlogsrecht en strafrecht in de strijd tegen het terrorisme: hoop en wanhoop van de nieuwe oorlog*, o.c., p. 37.

<sup>43</sup> Zie voor de invulling van *schending van de wetten en gebruiken van de oorlog*, G.L. Coolen, *Militair straf- en strafprocesrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, derde druk, 2000, p. 125-127.

<sup>44</sup> Uitgebreider over die wet: G.L. Coolen, *Militair straf- en strafprocesrecht*, 4<sup>e</sup> druk, o.c., p. 144-165.

merk. Het betreft dan dus de art. 92 tot en met 96 (art. 83 onderdeel 1°) Sr, 108 tot en met 110 (art. 83 onderdeel 1° en onderdeel 2° j° art. 114a) Sr, 115 en 116 (art. 83 onderdeel 1° en onderdeel 2° j° art. 120a) Sr en 121, 122, 123 en 124 (art. 83 onderdeel 1° en onderdeel 2° j° art. 130a) Sr.

#### 4.4.1 Titel I Tweede Boek WvSr

Titel I van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht, Misdrijven tegen de veiligheid van de staat (art. 92 tot en met 107 Sr), behelst misdrijven die de Nederlandse Staat rechtstreeks in gevaar brengen. Het betreft het land van zijn vorst, zijn instellingen of zijn delen beroven, het uitlokken van vijandelijkheden van buitenlandse mogendheden, het schenden van staatsgeheimen en opzettelijke benadeling van de staat bij onderhandelingen. Deze feiten worden in het buitenland vaak strafbaar gesteld als hoogverraad en landverraad. Die termen heeft de Nederlandse wetgever bewust niet overgenomen. *Verraad* veronderstelt immers schending van een loyaliteitsverplichting. Een dergelijke verplichting jegens de Nederlandse staat kan slechts van Nederlanders en in Nederland verblijvende vreemdelingen worden verwacht. De wetgever wilde de strafbaarheid naar Nederlands strafrecht echter ook uitstrekken tot vreemdelingen die deze feiten in het buitenland begaan. De rechtvaardiging daarvoor is gelegen in het feit dat niet de trouwbreuk maar het ernstig gevaar voor de veiligheid van de staat grond voor strafbaarheid is.<sup>45</sup>

De delictomschrijvingen van de art. 92 tot en met 94 Sr zijn, behoudens een enkele redactionele wijziging (*regeren* in plaats van *regeeren* en *beroven* in plaats van *berooven*) sedert de invoering van het Wetboek onveranderd gebleven. De sanctienormen hebben wel wijzigingen ondergaan. De misdrijven van de art. 92 en 93 Sr werden reeds bij de invoering van het Wetboek met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren bedreigd. Dat gold niet voor art. 94 Sr. Die bepaling kende een sanctienorm van vijftien jaren gevangenisstraf.<sup>46</sup> Bij de vaststelling van de WOS is de levenslange gevangenisstraf alsnog toegevoegd. Inmiddels zijn de sanctienormen van de betreffende strafbepalingen allemaal aangepast. De eerder besproken<sup>47</sup> Wet herijking strafmaxima heeft de ten hoogste op te leggen tijdelijke gevangenisstraf immers verhoogd van twintig naar dertig jaren.

Inhoudelijke wijziging van delictomschrijvingen heeft sedert de inwerkingtreding plaatsgevonden ten aanzien van de art. 95 en 96 Sr. De art. 95a, 97a en 97b Sr zijn later geheel nieuw ingevoegd.

<sup>45</sup> Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel, o.c., p. 11.

<sup>46</sup> Kennelijk abusievelijk is art. 94 Sr in Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel, o.c., p. 14 afgedrukt met een sanctienorm van twintig jaren gevangenisstraf. Volgens Stb. 1881, 35 werd het feit van art. 94 Sr bedreigd met gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren. Ook in het oorspronkelijke ontwerp was de sanctienorm gesteld op vijftien jaren. Mogelijk dat die straf tijdens de parlementaire behandeling te gering werd geacht en dat toen is voorgesteld de straf te verhogen tot twintig jaren zonder de mogelijkheid van levenslang. Dan zou tijdens de parlementaire behandeling tevens aan de orde gekomen kunnen zijn dat het Wetboek een dergelijke sanctienorm niet toestaat. Art. 10 Sr machtigde immers slechts tot een strafbedreiging van twintig jaren gevangenisstraf wanneer op het feit tevens levenslange gevangenisstraf werd gesteld. Wanneer die sanctienorm dan te zwaar geacht werd, ligt het voor de hand dat teruggegrepen is naar de sanctienorm van het oorspronkelijk ontwerp.

<sup>47</sup> Zie met name de paragrafen 2.1.2.2 en 3.2.4.2.

Volgens art. 83 onderdeel 1° kunnen uit deze Titel de misdrijven van de art. 92 tot en met 96 Sr als terroristisch misdrijf worden begaan. Deze misdrijven zullen hieronder worden besproken.

#### 4.4.1.1 Art. 92 Sr

Art. 92 stelt levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren op *de aanslag ondernomen met het oogmerk om de Koning, de regerende Koningin of de Regent van het leven of de vrijheid te beroven of tot regeren ongeschikt te maken*. Onder *van het leven beroven* kan niet iedere handeling worden begrepen waarvan de dood het indirecte gevolg kan zijn. Uitgesloten is de hulp bij zelfmoord (art. 294 Sr) In ieder geval zijn daaronder wel te verstaan doodslag (art. 287 Sr), moord (art. 289 Sr) en levensberoving op verzoek (art. 293 Sr), al zal in de praktijk van dat laatste geval niet snel sprake zijn. Zodra het oogmerk van de dader op het begaan van één van deze misdrijven is gericht en hij, ongeacht het resultaat daarvan, aan een poging is begonnen, is het delict voltooid.<sup>48</sup> Art. 79 Sr bepaalt immers dat aanslag bestaat zodra het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard.

Bij *van de vrijheid beroven* gaat het om het delict van de art. 282 en 282a Sr. Andere misdrijven die inbreuk maken op de persoonlijke vrijheid maar die geen fysieke vrijheidsberoving meebrengen, kunnen daaronder niet begrepen worden. Het oogmerk om het delict van art. 284 Sr, dat slechts een inbreuk op de psychische vrijheid vormt, te begaan, volstaat dus niet. Verschil tussen de art. 282 en 282a Sr enerzijds en art. 92 Sr anderzijds is overigens dat die laatste bepaling slechts ziet op het beroven van de vrijheid en niet op het van de vrijheid *beroofd houden* dat in de art. 282 en 282a Sr apart genoemd wordt. Omdat de art. 282 en 282a Sr dit onderscheid expliciet maken, lijkt het niet toegestaan daaraan bij toepassing van art. 92 Sr voorbij te gaan.

Het *beroofd houden* van de koning moet dan op grond van de art. 282 en 282a Sr worden bestraft. De niet toepasselijkheid van art. 92 Sr maakt dat een poging tot het van de vrijheid *beroofd houden* als poging tot het begaan van één van de misdrijven van de art. 282 en 282a Sr moet worden aangemerkt en dat dit feit dus een lager strafmaximum kent dan het voltooid delict en een beduidend lager strafmaximum dan levenslange gevangenisstraf, te weten vijf jaren en vier maanden gevangenisstraf (acht jaren min een derde daarvan) respectievelijk tien jaren (vijftien jaren min een derde daarvan). Praktisch lijkt een poging tot het van de vrijheid *beroofd houden* slechts te kunnen bestaan in een poging een reddingsoperatie te vrijdelen.<sup>49</sup> Opmerking daarbij verdient wel dat dit slechts kan gelden ten aanzien van personen die niet als dader (pleger, medepleger, doen pleger of uitlokker) of medeplichtige betrokken zijn geweest bij de vrijheidsberoving. Zij kunnen immers gewoon op grond van art. 92 Sr (tot levenslange gevangenisstraf) worden veroordeeld.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c. aant. 5 bij art. 92 Sr.

<sup>49</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c. aant. 6 bij art. 92 Sr.

<sup>50</sup> Ook medeplichtigheid aan de aanslag in de zin van art. 92 Sr staat, alhoewel er nog wel straf ruimte is (dit feit wordt immers niet met levenslang bedreigd), mijns inziens in de weg aan aparte bestrafing wegens het op die beroving volgende *beroofd houden*. Ten aanzien van de dader die een ander in de zin van art. 282 Sr van de vrijheid *beroofd* en vervolgens enige tijd *beroofd* houdt, wordt art. 282 Sr ook slechts één keer toegepast. Van de vrijheid *beroofd houden* in de zin van art. 282 Sr moet dan ook als voortgezette handeling ten opzichte van de vrijheidsberoving van art. 92 Sr worden gezien. De rechtspraak daaromtrent (die in hoofdstuk 6 zal worden besproken) lijkt zich daartegen niet te verzetten. Vereist daarvoor is dat sprake is van een enkel wilsbesluit en dat geen sprake is van *in aard geheel verschillende misdrijven*.

Volgens de memorie van toelichting kan het *tot regeren ongeschikt maken* op veel verschillende wijzen plaatsvinden. Voorbeelden daarvan worden niet gegeven. De opmerking dat het, wanneer de aanslag maar met dit oogmerk wordt ondernomen, geen verschil maakt of de aanslag bestond in het plegen van geweld of in het *toedienen van schadelijke zelfstandigheden*<sup>51</sup>, wordt kennelijk voldoende geacht. Het behoeft daarbij niet te gaan om handelingen die ook andere hoofde strafbaar zijn. Het ongeschikt maken is als zodanig immers niet strafbaar gesteld. De ongeschiktheid om te regeren zal altijd een ziekelijke toestand (fysiek of psychisch) impliceren. Die ongeschiktheid moet dus uit de toestand van de koning(in) of regent en niet uit verkeerde regeringsdaden worden afgeleid. Dat geldt ook indien die daden min of meer objectief, en niet slechts vanuit een bepaald standpunt, 'fout' zijn. Zolang de oorzaak daarvan gelegen kan zijn in een verkeerd inzicht in plaats van in een ziekelijke toestand is voor toepassing van art. 92 Sr ten aanzien van *verkeerde politieke raadslieden* geen plaats. Eerst indien iemand uit de directe omgeving van de koning(in) of regent een zodanig ontzenuwende werking uitoefent op deze persoon dat hij / zij zonder lichamelijk buiten staat te zijn tot regeren en zonder werkelijk krankzinnig te zijn zozeer in psychische nood komt te verkeren dat het uitvoeren van de wettelijke plichten niet langer op te brengen is, kan wel degelijk van *tot regeren ongeschikt maken* sprake zijn.<sup>52</sup> Het heeft er hier alle schijn van dat de aangehaalde bron voor zijn commentaar, zonder daarin haar naam te noemen, in het bijzonder inspiratie heeft gevonden in de 'Greet Hofmans- affaire'.<sup>53</sup>

Voor het begrip aanslag volstaat, als gezegd, dat het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard. Dat is vastgelegd in art. 79 Sr. Die wettelijke verankering heeft plaatsgevonden bij de Wet nadere voorzieningen tot bestrijding van revolutionaire woelingen omdat over de invulling van het begrip aanslag met name in kringen van het openbaar ministerie twijfel en onenigheid bleek te bestaan.<sup>54</sup> Alhoewel de aanslag veelal in geweld zal bestaan, is dat niet noodzakelijk.

Het feit dat de aanslag in de zin van art. 92 Sr *ondernomen* moet zijn, bedoelt bepaald niet de eis tot uitdrukking te brengen dat wordt gehandeld ter uitvoering van een te voren vastgesteld plan. Voorbedachten rade wordt niet geëist, ook in een opwelling kan men een aanslag ondernemen. Een andere opvatting zou er immers toe leiden dat aan strafbaarheid van een aanslag tegen het leven of de vrijheid van de koning strengere eisen verbonden zijn dan aan de strafbaarheid van de aanslag tegen het leven of de vrijheid van zijn echtgenoot (art. 108 Sr). Dat kan de bedoeling niet zijn.<sup>55</sup> Dat blijkt ook uit het feit dat de memorie van toelichting stelt dat reeds de minste van deze aanslagen voor de veiligheid van de staat zo gevaarlijk is dat de bedreiging met de zwaarste

<sup>51</sup> Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel, o.c., p. 13.

<sup>52</sup> Noyon, Langemeijer, Rammelink, o.c., aant. 7 bij art. 92 Sr.

<sup>53</sup> Deze gebedsgenezeres en handoplegster was in de vijftigerjaren van de twintigste eeuw jarenlang vertrouweling, adviseuse en goede vriendin van Koningin Juliana. Zij heeft ook grote invloed gehad op de koningin en haar publieke optredens. Dit wekte grote ergernis bij Prins Bernhard. Buitenlandse media brachten de invloed van Hofmans op de koningin uitgebreid onder de aandacht. Uiteindelijk leidde dit ertoe dat minister-president Drees een commissie van wijze mannen instelde die onderzoek moest doen naar de gang van zaken op Paleis Soestdijk. De uitkomsten van dat onderzoek zijn immer nog niet openbaar. Kort na de voltooiing van het onderzoek vertrok Hofmans van het hof.

<sup>54</sup> TK 1919-1920, 428, nr. 5, p. 11.

<sup>55</sup> Noyon, Langemeijer, Rammelink, o.c., aant. 2 en 3 bij art. 92 Sr.

straf gerechtvaardigd is.<sup>56</sup> Vanwege de gevaren die van de betreffende gedragingen uitgaan, zijn die gedragingen dus met de hoogste straf bedreigd. Het gaat dan niet aan allerlei eisen aan de wilsvorming van de dader te stellen die met de mogelijkheid van verwezenlijking van het gevaar weinig uit hebben staan. Dát de wil van de dader op verwezenlijking van het gevaar is gericht, volstaat, ongeacht het antwoord op de vraag of die wil gevormd is na rijp en koel beraad of in een opwelling.

#### 4.4.1.2 Art. 93 Sr

Art. 93 Sr stelt levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren op *de aanslag ondernomen met het oogmerk om het Rijk geheel of gedeeltelijk onder vreemde heerschappij te brengen of om een deel daarvan af te scheiden*.

Bij de totstandkoming van het Wetboek heeft deze bepaling geen aparte aandacht gekregen. De bepaling lijkt ook weinig vragen of problemen op te roepen. *Onder vreemde heerschappij brengen* houdt de overlevering van (een gedeelte van) het Rijk (met inbegrip van gebiedsdelen in andere werelddelen) *aan een vreemde macht waardoor zijn bestaan als soevereine staat verloren gaat in*.<sup>57</sup> *Een deel daarvan afscheiden* houdt in dat een gedeelte van het grondgebied onder heerschappij van een ander Rijk wordt gebracht waaronder tevens moet worden verstaan dat dit gedeelte tot een zelfstandig Rijk wordt gemaakt.<sup>58</sup>

Ook hier geldt uiteraard dat de poging om het oogmerk te verwezenlijken reeds leidt tot een voltooid delict en dat voorbedachten rade niet vereist is. De aanslag van art. 93 Sr onderscheidt zich, net als die van art. 94 Sr, evenwel van die van art. 92 Sr in het feit dat hij niet tegen een persoon behoeft te zijn gericht. Dat lijkt voor de invulling van het bestanddeel van betekenis te zijn.

Aanslagen tegen een persoon zijn steeds (art. 92<sup>59</sup>, 108, 115 en 117 Sr) aanslagen op het leven of de vrijheid van die persoon. Noch voor levensberoving noch voor vrijheidsberoving is perse een gewelddadige handeling, in de zin van een *aanwending van fysieke kracht*<sup>60</sup>, vereist. Vergiftiging kan bezwaarlijk worden beschouwd als de aanwending van fysieke kracht.<sup>61</sup> Toch kan een aanslag op het leven zeer wel door middel van

<sup>56</sup> Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel, o.c., p. 12.

<sup>57</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c., aant. 6 bij art. 93 Sr. Uitgebreider over het moment waarop dat onder vreemde heerschappij brengen, in geval van een bezetting, geacht moet worden te zijn voltooid: M.R. Mok, Het doodvonnis van Mussert, in: Enschedé, Keizer, Leijten, Van Veen, Naar eer en geweten, o.c., p. 375, 376.

<sup>58</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c., aant. 7 bij art. 93 Sr.

<sup>59</sup> Zij het dat deze bepaling daarnaast tevens de aanslag *met het oogmerk om tot regeren ongeschikt te maken*, kent.

<sup>60</sup> Deze betekenis sluit aan bij de betekenis van het bestanddeel *geweld* in art. 141 Sr: *de aanwending van fysieke kracht, welke met zo'n hevigheid geschiedt, dat zij geëigend schijnt het in de betreffende bepaling beschermde rechtsgoed in gevaar te brengen*. Toegesplitst op geweld tegen personen *zal zij geëigend moeten zijn (schijnen) de weerstand de weerstand die de wederpartij kan bieden, te breken* (Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c., aant. 6 bij art. 81 Sr). In het kader van art. 141 Sr is wel opgemerkt dat het daarbij moet gaan om min of meer zwaar geweld, waarbij zwaar de betekenis van 'krachtig' draagt (Wedzinga, openlijke geweldpleging, o.c., p. 102).

<sup>61</sup> In art. 81 Sr wordt met het plegen van geweld *gelijkgesteld* iemand in een staat van bewusteloosheid of onmacht brengen. Alhoewel vergiftiging daar niet bijstaat, betreft dat een handeling die met de wel genoemde handelingen sterke overeenkomsten vertoont. Ook bij die handelingen zal gedacht moeten worden aan bedwelmning of heimelijke toediening van bepaalde stoffen. Uit het feit dat deze handelingen worden *gelijkgesteld* met geweld kan bezwaarlijk anders worden geconcludeerd dan dat zij geen geweld zijn. Dat lijkt dan dus ook voor vergiftiging te gelden.

vergiftiging plaatshebben. Bedreiging met een vuurwapen kan op zich zelf<sup>62</sup> de kwalificatie *geweld* niet dragen. Toch kan een dergelijke bedreiging ertoe leiden dat een beoogd slachtoffer van vrijheidsberoving zich tegen die beroving niet verzet. Ook de opsluiting van het slachtoffer die daarop volgt, levert geen geweld op. Dat neemt niet weg dat sprake is van een aanslag. Ook de aanslag op de vrijheid kan derhalve zonder geweld plaatsvinden. Hiervoor bleek reeds dat de wetgever van 1881 bij de derde vorm van aanslag tegen de Koning(in) of Regent (tot regeren ongeschikt maken) expliciet niet-gewelddaden als aanslag aanmerkte. Vereist daarvoor was wel dat het ging om *het toedienen van schadelijke zelfstandigheden*. Alhoewel ik me van de vaagheid van de term bewust ben, zou de aanslag van art. 92 Sr wellicht nog het best kunnen worden gebracht onder de noemer *geweld of aan geweld gelijk te stellen handelingen*. Ook wanneer de aanslag tegen een persoon niet in gewelddaden bestaat, is hij er immers op gericht die persoon in zijn fysiek of psychisch welzijn of zijn fysieke vrijheid te treffen. De gerichtheid op verwezenlijking van het oogmerk brengt dit mee. Het is de vraag in hoeverre bij de art. 93 en 94 Sr eveneens een dergelijke eis wordt gesteld. Beantwoording van die vraag zal, zowel voor art. 93 als voor art. 94 Sr, hieronder na de bespreking van art. 94 Sr plaatsvinden.

#### 4.4.1.3 Art. 94 Sr

Art. 94 Sr stelt levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren op *de aanslag ondernomen met het oogmerk om de grondwettige regeringsvorm of de orde van troonopvolging te vernietigen of op onwettige wijze te veranderen*.

Een verschil tussen de tekst zoals die in 1881 werd vastgesteld en het oorspronkelijke regeringsontwerpontwerp (O.R.O., art. 101 Sr) betreft de woorden *op onwettige wijze* met betrekking tot het veranderen van de grondwettige regeringsvorm of de orde van troonopvolging. De woorden zijn ingevoegd om zeker te stellen dat wetenschappelijke verhandelingen en politieke besprekingen buiten het bereik van deze bepaling zouden blijven.<sup>63</sup> Onzekerheid daarover was mogelijk omdat *aanslag*, zoals hierboven reeds bleek, noodzakelijkerwijs noch meebrengt dat van geweld sprake is noch dat de betreffende gedraging tevens uit andere hoofde strafbaar is.

De *grondwettige regeringsvorm* valt niet samen met de regering in enge zin. Volgens NLR behoren tot de regeringsvorm het bestaan en de werking van alle grondwettelijke staatsorganen die het gehele staatsorganisme betreffen.<sup>64</sup> Ook uit de memorie van toelichting volgt dat regeringsvorm in ieder geval niet slechts op de regering ziet. Ook een aanslag tegen de Staten-Generaal kan immers een aanslag in de zin van art. 94 Sr opleveren. Het moet dan wel gaan om een aanslag die *als zodanig* gericht is tegen de Staten-Generaal. Richt de aanslag zich tegen een bepaalde vergadering of op de verwijdering van een bepaald lid dan moet worden teruggevallen op de art. 121 en 122 Sr.<sup>65</sup> Het gebruik van bestaande instellingen en organen om met de uiterlijke schijn van grondwettelijkheid aan de macht te komen, kan weer wel een aanslag tot vernietiging van de grondwettelijke regeringsvorm opleveren.<sup>66</sup>

<sup>62</sup> In een bepaalde context van geweld kan bedreiging volgens de Hoge Raad soms wel als geweld worden aangemerkt (HR 24 september 2002, NJ 2002, 570).

<sup>63</sup> Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel, o.c., p. 15.

<sup>64</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c., aant. 5 bij art. 94 Sr.

<sup>65</sup> Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel, o.c., p. 56.

<sup>66</sup> Mok, Het doodvonnis van Mussert, o.c., p. 378. De auteur heeft overigens op de veroordeling



Het begrip *de orde van troonopvolging* heeft in de parlementaire behandeling geen aandacht gekregen. Het ligt voor de hand om dan te letten op de gevolgen die de betreffende aanslag heeft gehad of had kunnen hebben op de orde zoals die in de art. 24 en volgende Grondwet is neergelegd.<sup>67</sup>

De grens tussen *vernietigen* en *veranderen* in de zin van deze bepaling is niet scherp. Het onderscheid tussen beide, alhoewel van geen belang voor het strafmaximum, is niet betekenisloos. Dat volgt uit het feit dat van veranderingen moet worden vastgesteld dat zij onwettig waren. Van de vernietiging wordt de onwettigheid kennelijk verondersteld. Het ligt dan voor de hand om de term vernietigen een zeer beperkt bereik te geven opdat slechts in de extreemste gevallen op bestandsdeelniveau voorbij wordt gegaan aan de expliciete vraag of het beoogde of bereikte resultaat onwettig zou zijn geweest. Vernietigen is dan slechts *het geheel opheffen, terzijdestellen van de Grondwet in haar geheel, aldus dat zelfs de wijze van tot stand brengen van de nieuwe regeringsvorm niet op de Grondwet steunt*. De principiële wijziging van de regeringsvorm door voor de constitutionele monarchie een republiek in de plaats te stellen levert dan een verandering op. Bij de orde van troonopvolging behelst veranderen de wijziging van de volgorde van troonopvolging of de algehele uitsluiting van een gedeelte ter troonopvolgers. Eerst indien *de bestaande dynastie wordt ontzet en voor haar een nieuwe in de plaats is gesteld*, kan van vernietiging worden gesproken.<sup>68</sup> Deze redenering kan niet geheel overtuigen.

Het onderscheid tussen *vernietigen* en *op onwettige wijze te veranderen* zal ten aanzien van de *orde van troonopvolging* aan de hand van hetzelfde criterium moeten worden ingevuld als ten aanzien van de *grondwettige regeringsvorm*. Ook hier zou derhalve de vernietiging zodanig moeten worden ingevuld dat zij per definitie onwettig is. Waarom dan een zoveel ruimere uitleg aan het vernietigen wordt gegeven, is volstrekt onduidelijk. Het vervangen van ons Koningshuis door een ander is toch niet per definitie onwettig? En, kan niet op wettige wijze (conform de procedure van de art. 137-141 Gw) de Grondwet worden afgeschaft waarna geen enkele tot stand gebrachte regeringsvorm nog op de Grondwet berust? Daarenboven kan de vraag gesteld worden of de eis dat de verandering onwettig is wel zelfstandige betekenis heeft. Het antwoord op die vraag hangt af van de betekenis van *aanslag* in art. 94 Sr.

#### 4.4.1.4 Aanslag in de art. 93 en 94 Sr

In het kader van zowel de bespreking van art. 92 Sr als die van art. 93 Sr werd hiervoor opgemerkt dat een aanslag niet noodzakelijkerwijs in geweldpleging behoeft te bestaan. Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht is in de Commissie over de vraag naar de betekenis van de aanslag en de daarmee samenhangende noodzaak om in de delictomschrijving van art. 94 Sr de eis op te nemen dat de met de aanslag beoogde verandering onwettig moet zijn discussie geweest.

In het oorspronkelijke regeringsontwerp kwamen de woorden op onwettige wijze niet voor in art. 94 Sr (art. 101 O.R.O.). In antwoord op de kritiek van de Raad van State dat het begrip aanslag te onbestemd is om strafbaar te worden gesteld, merkte de regering op dat aanslag *elke daad van geweld (met inbegrip van de poging) omvat, welke onderno-*

---

van Mussert wegens dit delict de nodige kritiek. Zo vraagt hij zich met name af of er tijdens de Duitse bezetting nog wel een grondwettelijke regeringsvorm te vernietigen viel.

<sup>67</sup> Noyon, Langemeijer, Rammelink, o.c., aant. 6 bij art. 94 Sr.

<sup>68</sup> Noyon, Langemeijer, Rammelink, o.c., aant. 7 bij art. 94 Sr.

*men wordt tegen de in die artikelen genoemde hooge personen, die niet valt in een hogere strafbe-paling.* Een minderheid van de Commissie achtte dit antwoord evenwel niet bevredigend. In de art. 93 en 94 Sr, wordt immers helemaal geen aanslag op de persoon strafbaar gesteld. Tevens zou de beperking tot daden van geweld niet in overeenstemming zijn met art. 79 Sr. Een andere uitleg van aanslag zou er evenwel toe kunnen leiden dat *pogingen, door middel van geschriften of verenigingen ondernomen om den grondwettigen regeringsvorm langs vreedzamen weg te veranderen, als strafbare aanslag volgens art. 101 kunnen worden gequalificeerd.* De meerderheid van de Commissie meende dat de betekenis van het bestanddeel aanslag veilig aan de jurisprudentie kan worden overgelaten. De algemene strafbaarstelling van poging zou een voldoende duidelijke leidraad bieden voor het onderscheid tussen de aanslag en wetenschappelijke verhandelingen of politieke besprekingen. Specifiek voor art. 94 Sr wordt desalniettemin voorzien in de toevoeging op onwettige wijze.<sup>69</sup> Gegeven deze reden voor toevoeging van het bestanddeel *op onwettige wijze* moet de opvatting die erop neerkomt dat alleen die verandering die niet op wettige wijze tot stand kan komen als vernietiging kan worden aangemerkt voor juist worden gehouden. Opmerkelijk is ook dat de opvatting dat de strafbaarstelling in het O.R.O. te ruim zou zijn zich kennelijk slechts afspeelde rond de grondwettige regeringsvorm en niet rond de orde van troonopvolging. Ook in die zin zijn de hiervoor in het kader van deze opvatting gegeven voorbeelden treffend te noemen. Dit alles neemt evenwel niet weg dat in de standpunten die in de Commissie werden verdedigd aanwijzingen te vinden zijn dat het ook anders had gekund en bijna anders was geweest.

In een restrictieve opvatting van aanslag in art. 94 Sr zou de toevoeging op onwettige wijze overbodig zijn. Die overbodigheid zou overigens sterke overeenkomsten vertonen met de hierboven in paragraaf 2.2.1.2 verdedigde overbodigheid van *wederrechtelijk* in art. 83a Sr. De onwettigheid van de wijze waarop getracht wordt de verandering te bereiken is met de aanslag dan immers gegeven zoals in art. 83a Sr de wederrechtelijkheid van de wijze waarop gepoogd wordt de overheid te dwingen gegeven is met het feit dat getracht wordt de overheid door middel van een ernstig misdrijf te dwingen. Naar het mij voorkomt dient aan een restrictieve uitleg van het begrip aanslag de voorkeur te worden gegeven. Dat heeft een aantal (met elkaar samenhangende) voordelen.

Allereerst past een dergelijke uitleg bij de betekenis van het woord *aanslag* in de Nederlandse taal. Het verspreiden van pamfletten of het in vereniging debatteren, levert naar normaal spraakgebruik geen aanslag op. Bij het woord aanslag denkt men toch in de eerste plaats aan gewelddadige handelingen en niet aan vreedzaam protest. Bij een dergelijke uitleg is iedere verandering (in beginsel)<sup>70</sup> op onwettige wijze nagestreefd. Het bestanddeel *op onwettige wijze* heeft dan geen zelfstandige betekenis meer omdat het bewijs daarvan met het bewijs van de aanslag gegeven is. Dat is slechts anders indien de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond aannemelijk wordt.<sup>71</sup> Het onderscheid tussen veranderen en vernietigen kan dan worden opgehangen aan criteria die

<sup>69</sup> Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel, o.c., p. 15.

<sup>70</sup> De uitzonderingen worden dan voldoende ondervangen door de strafuitsluitingsgronden van de art. 39 en volgende Sr.

<sup>71</sup> Om straffeloosheid bij aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond te garanderen, is het opnemen van het bestanddeel *op onwettige wijze* uiteraard niet vereist.

recht doen aan de betekenis van die begrippen in het normaal spraakgebruik. Het huidige criterium (zou de verandering / vernietiging ook op wettige wijze bereikt kunnen worden?) biedt als belangrijk nadeel dat eigenlijk geen voorbeeld kan worden bedacht waarin sprake is van vernietigen van de grondwettige regeringsvorm. Iedere verandering, ook de vernietiging, kan immers op wettige wijze worden bereikt.

Tevens kan door een restrictieve uitleg van aanslag en de daarmee samenhangende ruimere interpretatie van vernietigen consistentie worden bereikt tussen het vernietigen van de grondwettige regeringsvorm en het vernietigen van de orde van troonopvolging.

Tot slot zou voorkomen worden dat art. 93 Sr, dat hiervoor reeds aan de orde kwam, een te ruim bereik zou krijgen. In die bepaling is de eis dat de aanslag gericht moet zijn op de *onwettige* verwezenlijking van enig oogmerk immers niet opgenomen. Moet daaruit dan worden afgeleid dat *pogingen, door middel van geschriften of verenigingen ondernomen om langs vreedzamen weg de onafhankelijkheid van Friesland te verwezenlijken* als strafbare aanslag hebben te gelden? Dat kan toch de bedoeling niet zijn? Naar het mij voorkomt had de meerderheid van de Commissie het bij het rechte eind en bestond aan de toevoeging van de woorden op onwettige wijze in art. 94 Sr geen behoefte. De handreiking aan de minderheid heeft indien al enig, dan toch slechts een verwarrend effect. Dat is evenwel geen reden om de gevreesde ruime interpretatie van het bestanddeel *aanslag* voor juist te houden. Mede in verband met het potentiële ruime bereik van art. 93 Sr bestaat alle reden voor het verwerpen van die interpretatie.

Een restrictieve uitleg van aanslag zou kunnen inhouden dat als aanslag in de zin van de art. 93 en 94 Sr slechts daden van geweld of daden die met geweld gelijkgesteld kunnen worden<sup>72</sup>, kunnen gelden.<sup>73</sup> Bij de inwerkingtreding van het Wetboek werd het misdrijf van art. 94 Sr bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren.

Bij de invoering van de WOS werd deze sanctienorm verhoogd tot levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren. De memorie van toelichting vermeldt hieromtrent dat de tweede wereldoorlog heeft geleerd dat een verandering van de grondwettige regeringsvorm gevolgen pleegt te hebben die *diep in het volksleven ingrijpen*. Het slagen van een dergelijke aanslag betekent voor een meerderheid van de bevolking groot leed. De ernst van de gevolgen die met een dergelijke aanslag worden beoogd zou dan ook onvoldoende tot uitdrukking komen in een sanctienorm van vijftien jaren gevangenisstraf.<sup>74</sup>

#### 4.4.1.5 Art. 95 Sr

Art. 95 Sr is de eerste bepaling die in dit overzicht aan de orde komt die sinds haar inwerkingtreding een inhoudelijke wijziging van betekenis heeft ondergaan. De huidige tekst bedreigt met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren de dader die door geweld of bedreiging met geweld een vergadering van de regeringsraad uiteenjaagt, tot het nemen of niet nemen van enig besluit dwingt, een lid

<sup>72</sup> Gedacht kan daarbij worden aan bedreiging, opsluiting en, voor zover dit niet reeds volgt uit art. 81 Sr, intoxicatie.

<sup>73</sup> Als gezegd sluit die betekenis ook goed aan op de betekenis van *aanslag* in art. 92 Sr.

<sup>74</sup> TK 1950-1951, 2258, nr. 3, p. 13.

uit die vergadering verwijdt of opzettelijk<sup>75</sup> een lid verhindert die vergadering bij te wonen of daarin vrij en onbelemmerd zijn werk te doen.

De term regeringsraad heeft betrekking op de Raad van State, het Koninklijk gezag uitoefenend.<sup>76</sup> De Raad van State heeft die taak indien niet is voorzien in de uitoefening van het Koninklijk gezag door een Koning(in) of Regent.<sup>77</sup> De term *vergadering* heeft dezelfde betekenis als de term *zitting* in de Grondwet. Voor vergaderingen van de Staten-Generaal geldt dat zowel openbare zittingen als zittingen achter gesloten deuren in het begrip vergadering zijn begrepen.<sup>78</sup>

Ten tijde van de inwerkingtreding van het Wetboek bestond deze bepaling uit twee leden. Onderscheid werd gemaakt tussen (bedreiging met) geweld tegen de gehele regeringsraad en de (bedreiging met) geweld tegen een enkel lid. Die onderscheiden geweldvormen werden van verschillende ernst voor het in deze Titel beschermde rechtsgoed geacht. Omdat het Koninklijk gezag door de regeringsraad als geheel en niet door een enkel lid wordt waargenomen, is het geweld tegen een enkel lid niet even gevaarlijk voor de veiligheid van de staat als het geweld tegen de gehele regeringsraad. In de oorspronkelijke bepaling werden deze onderscheiden feiten bedreigd met sanctienormen van respectievelijk zes en vijftien jaren gevangenisstraf. Een hogere straf werd niet nodig geacht.

Immers, zo stelt de memorie van toelichting, andere strafbepalingen kunnen gelijktijdig van toepassing zijn in welk geval sprake is van meerdaadse samenloop. Dat is anders in het geval van art. 92 Sr. Daar zijn juist die misdrijven in de sanctienorm reeds verdisconteerd. Om die reden alleen is reeds de hogere sanctienorm van de laatstgenoemde bepaling gerechtvaardigd.<sup>79</sup> Zodra het geweld verder reikt dan het uiteenjagen van een enkele vergadering maar juist gericht is tegen de regeringsraad als instelling is sprake van een aanslag op de grondwettige regeringsvorm en kan art. 94 Sr worden toegepast. Dan kan een levenslange gevangenisstraf worden opgelegd.

### Wijzigingen door de WOS

De huidige tekst die toch tamelijk sterk afwijkt van die van de bepaling zoals zij in 1886 in werking trad, is tot stand gekomen met de inwerkingtreding van de WOS. Bij die gelegenheid zijn de twee leden in elkaar geschoven. De onderscheiden sanctienormen zijn vervangen door één enkele, te weten levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste twintig jaren. De gronden waarop deze wijzigingen hebben plaatsgevonden zijn op onderdelen niet overtuigend.

<sup>75</sup> Het bestanddeel opzettelijk eist dat de dader wetenschap had van het feit dat hij met zijn gedrag een lid van de regeringsraad verhinderde die vergadering bij te wonen of daarin vrij en onbelemmerd zijn werk te doen. Bij de overige onderdelen van art. 95 Sr is deze extra opzeteis overbodig omdat gedragingen met een dergelijke strekking niet kunnen worden gepleegd zonder dat duidelijk is dat zij het functioneren van de regeringsraad belemmeren.

<sup>76</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c., aant. 5 bij art. 95 Sr.

<sup>77</sup> Art. 38 Gw.

<sup>78</sup> Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel, o.c., p. 56.

<sup>79</sup> Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel, o.c., p. 16.

*De strafverhoging*

De strafverhoging wordt ten aanzien van het eerste lid in de memorie van toelichting gerechtvaardigd door erop te wijzen dat men met het uiteenjagen van de regeringsraad het hoogste staatsorgaan belemmert te functioneren. Uit die terechte vaststelling wordt dan de conclusie getrokken dat dit misdrijf met dezelfde straf behoort te worden gestraft als de aanslag op de koning.<sup>80</sup> Kennelijk meent de regering dat voor de sanctienorm van art. 95 Sr gelet zou moeten worden op de sanctienorm van art. 92 Sr. Op zich zelf is er weinig op tegen om de belemmering van het hoogste staatsgezag ten aanzien van de koning en de regeringsraad met gelijke straf te bedreigen. Het ligt echter voor de hand daarvoor een enkele gedraging te kiezen (of (bedreiging met) geweld of aanslag). Nu lijkt niet uitgesloten te kunnen worden dat toch discrepanties bestaan met betrekking tot de onderscheiden gedragingen.

Daarbij lijkt de bescherming van de regeringsraad verder te gaan dan die van de Koning(in). Zo kan het bij art. 95 Sr gaan om een enkele vergadering terwijl art. 92 Sr toch een langere duur lijkt te eisen. Onvoldoende verzekerd lijkt ook dat iedere bedreiging met geweld als aanslag kan worden aangemerkt. Bij voorbereiding<sup>81</sup> van de onderscheiden misdrijven is bij art. 95 Sr sprake van meerdaadse samenloop met de voorbereiding van het concrete geweldsmisdrijf. Hiervoor bleek dat de wetgever van 1881 meende dat de handeling waarin de aanslag van art. 92 Sr heeft bestaan niet nog eens een grond voor extra bestraffing kan opleveren.<sup>82</sup>

Beter ware het mijns inziens dan ook geweest de regeringsraad expliciet op te nemen in art. 92 Sr en aan art. 95 Sr een tweede lid<sup>83</sup> toe te voegen waarin de straf van het eerste lid (vijftien jaren gevangenisstraf) tevens toepasselijk wordt verklaard voor het door geweld of bedreiging daarmee de Koning(in) of Regent te dwingen een bepaald besluit te nemen of niet te nemen of te verhinderen dat hij (of zij) onbelemmerd zijn (of haar) plicht vervult. Dan zijn de strafbepalingen ten aanzien van de Koning en de regeringsraad voor zover het de veiligheid van de staat betreft strafrechtelijk gesynchroniseerd.

Het tweede lid dat ziet op de strafrechtelijke bescherming van individuele leden van de regeringsraad had dan vernummerd moeten worden tot derde lid. In ieder geval had dit lid op de in de memorie van toelichting bij de WOS gegeven gronden niet op mogen gaan in het eerste.

*De samenvoeging van lid 1 en 2*

De toelichting stelt dat de meest voor de hand liggende wijze om de regeringsraad als geheel lam te leggen het belemmeren van alle afzonderlijke leden van die raad de vergadering bij te wonen, is. En daarmee stuiten we volgens die toelichting dan op een ernstige lacune. Immers, *terwijl dus een aantal revolutionairen tezamen het functioneren van het hoogste staatsorgaan hebben belemmerd, hebben zij zich ieder voor zich slechts schuldig*

<sup>80</sup> TK 1950–1951, 2258, nr. 3, p. 13.

<sup>81</sup> Vanzelfsprekend niet bij poging omdat aanslag bij een poging reeds is voltooid. In die zin geniet de Koning(in) een ruimere bescherming dan de regeringsraad.

<sup>82</sup> In hoofdstuk 6 zal aan de orde komen in hoeverre die opvatting thans nog kan worden verdedigd.

<sup>83</sup> Of wellicht beter: een nieuw eerste lid onder vernummering van het bestaande eerste lid tot tweede lid.

*gemaakt aan het in het tweede lid van art. 95 omschreven feit.*<sup>84</sup> De juistheid van deze stelling hangt af van de relatie waarin deze *revolutionairen* tot elkaar staan. Alhoewel ongeoorloofdwaardig toevallig en dus, zelfs in de meest rumoerige tijden, hoogst onwaarschijnlijk, maar in theorie niet onmogelijk is het geval dat het gaat om revolutionairen die volstrekt onafhankelijk van elkaar hun eigen plan trekken en zonder het van elkaar te weten ieder voor zich het misdrijf van art. 95 lid 2 (oud) Sr plegen. Voor die categorie gevallen is de stelling van de toelichting juist. De gevolgen van art. 95 lid 1 Sr treden in terwijl de schuldigen slechts voor het minder zware feit van het tweede lid kunnen worden bestraft. Wanneer het opzet van de afzonderlijke revolutionairen slechts op de verwezenlijking van één van de in het tweede lid genoemde gevolgen (verhinderend van een lid aanwezig te zijn bij de vergadering of daarin onbelemmerd zijn plicht te vervullen) was gericht, moet men zich afvragen of de oplegging van een hogere straf wel gerechtvaardigd is. Die hogere straf moet dan immers worden gedragen door de toevalligheid dat anderen hetzelfde of een soortgelijk misdrijf hebben begaan waarvan de dader geen weet had of kon hebben. Die toevalligheid is dan dus aan ieder voorzienbaarheids- of schuldvereiste onttrokken. Voor kwalificerende gevolgen is dat op zich zelf niet uitzonderlijk (zie bijvoorbeeld art. 300 leden 2 en 3 Sr, art. 301 leden 2 en 3 Sr, art. 302 lid 2 Sr en art. 303 lid 2 Sr). Het is dan wel gebruikelijk om een onderscheiden sanctienorm vast te stellen voor het geval het strafverzwarend gevolg intreedt. Treedt het gevolg niet in dan kan de hogere straf ook niet worden opgelegd.

Sanctienormen moeten weliswaar worden afgestemd op de meest strafwaardige uitvoering van de delictsomschrijving die kan worden voorzien, zij moeten ook wel enig onderscheidend vermogen hebben. Gevolgen die niet de kern van het strafbaar feit uitmaken maar die wel van invloed zijn op de strafwaardigheid ervan worden dan apart genoemd als kwalificerend gevolg. Het feit krijgt voor die gevallen een aparte sanctienorm.

Bij kwalificerende gevolgen gaat het evenwel steeds om gevolgen van de betreffende gedraging, terwijl het in het onderhavige geval gaat om gedragingen door anderen die geheel los staan van de gedraging van de dader. Daarnaast gaat het bij kwalificerende gevolgen om gevolgen waarvan de algemene ervaring geleerd heeft dat zij nog al eens intreden als gevolg van de betreffende gedraging, terwijl de kans dat de gedragingen van anderen die nodig zijn om één van de gevolgen van art. 95 lid 1 Sr te doen intreden, verricht zullen worden denkbeeldig klein is.<sup>85</sup> De strafverhoging lijkt voor dit geval derhalve niet goed te rechtvaardigen.

Wanneer de relatie tussen de daders die ieder voor zich het misdrijf van art. 95 lid 2 (oud) Sr, maar tezamen het misdrijf van art. 95 lid 1 (oud) Sr, plegen er één is van een nauwe en bewuste samenwerking mist de rechtvaardiging van de strafverhoging feitelijke grondslag. Het plegen van het feit van art. 95 lid 2 (oud) Sr zal dan immers kunnen worden aangemerkt als medeplegen van het misdrijf van het eerste lid van die bepaling. Voor medeplegen is niet vereist dat ieder der medeplegers voor zich alle

<sup>84</sup> TK 1950–1951, 2258, nr. 3, p. 13.

<sup>85</sup> Volgens art. 1 van de Wet op de Raad van State bestaat de Raad van State uit een vice-president en ten hoogste achtentwintig staatsraden. In december 2006 waren er negentien staatsraden. De wet geeft geen antwoord op de vraag hoeveel staatsraden voor het uitoefenen van de in art. 38 Gw bedoelde taak aanwezig dienen te zijn. Art. 23 RvS eist voor het uitbrengen van een advies participatie van de helft van het totaal aantal staatsraden met inbegrip van de vice-president. Dat zou dan dus tien staatsraden betreffen.

bestanddelen van het delict vervult. Zelfs aanwezigheid van alle medeplegers wordt niet geëist.<sup>86</sup> Voldoende is dat sprake is van een *nauwe en bewuste samenwerking* (en eventueel een *gezamenlijke uitvoering*).<sup>87</sup> Van een dergelijke *nauwe en bewuste samenwerking* is al vrij snel sprake.<sup>88</sup> Vereist is zeker niet dat sprake is geweest van gezamenlijke planning of expliciete afspraken. Zodra de wil om het feit te plegen en om daartoe samen te werken aanwezig is, is de samenwerking niet meer toevallig. Daarmee komt het mij voor dat, bij een pluraliteit van daders in de zin van art. 95 lid 2 (oud) Sr, art. 95 lid 1 (oud) Sr kan worden toegepast wanneer één of meerdere daders met het voor die bepaling vereiste opzet handelt of handelen. Ofwel alle daders willen gezamenlijk het misdrijf van het eerste lid plegen en kunnen worden aangemerkt als medeplegers. Ofwel één (of meer) dader(s) wil(len) ‘slechts’ het misdrijf van lid 2 (oud) plegen terwijl één (of meer) andere(n) juist het feit van het eerste lid (oud) wil(len) plegen in welk geval laatstgenoemde(n) als (mede)pleger(s) van art. 95 lid 1 (oud) kan (kunnen) worden aangemerkt. Ook indien dus meerdere staatsraden min of meer toevallig het slachtoffer worden van het misdrijf van art. 95 lid 2 (oud) Sr kan tegen de dader die van deze toevalligheid ‘profiteert’ door met het plegen van het misdrijf van het tweede lid (oud) het misdrijf van het eerste lid (oud) te voltooien dat eerste lid worden toegepast.

Daarmee lijkt de samensmelting van de twee leden tot een enkel lid waarvoor de hoge sanctienorm van het eerste lid geldt alleen die plegers te treffen wier opzet beperkt bleef tot het plegen van het misdrijf van het tweede lid (oud). Niet alleen is de strafverhoging voor die gevallen, zoals hiervoor betoogd, minder goed uit leggen zij lijkt voor deze gevallen ook niet geschreven. In de memorie van toelichting wordt immers gesteld dat met de voorgestelde wijziging een *miskenning van de tegenwoordige revolutie-techniek* ongedaan wordt gemaakt.<sup>89</sup> In dat opzicht schiet de wijziging haar doel voorbij.

#### 4.4.1.6 Art. 95a Sr

Art. 95a Sr is ingevoegd bij de vaststelling van de WOS. Deze bepaling stelt levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste (twintig thans) dertig jaren op het door (bedreiging met) geweld de raad van ministers uiteenjagen, tot het (niet) nemen van enig besluit dwingen, een lid uit die vergadering verwijderen of opzettelijk<sup>90</sup> een lid verhinderen die vergadering bij te wonen of daarin vrij en onbelemmerd zijn plicht te vervullen.

<sup>86</sup> Vaste rechtspraak. Zie onder meer HR 17 november 1981, NJ 1983, 84 (Containerdiefstal) en HR 15 april 1986, NJ 1986, 740 (Moord op afstand).

<sup>87</sup> HR 2 november 1999, NJ 2000, 174 (Meindert Tjoelker). HR 8 mei 2001, NJ 2001, 480 (Bachus), HR 14 oktober 2003, LJN: AJ1457, HR 26 oktober 2004, NJ 2004, 682 en HR 12 april 2005, LJN: AS2769.

<sup>88</sup> De Hullu, Materieel Strafrecht, o.c., p. 445.

<sup>89</sup> TK 1950-1951, 2258, nr. 3, p. 13.

<sup>90</sup> Net als bij art. 95 Sr bedoelt de extra opzeteis te garanderen dat de dader tenminste willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat een dergelijke verhindering of belemmering het gevolg van zijn handelen zou zijn. In de regel brengt dit als eis mee dat de dader de status van zijn slachtoffer kende. Wanneer de verhindering van het betreffende lid het gevolg is van het feit dat hij voor behandeling naar het ziekenhuis moest na een gewelddadige straatroof waarbij de dader het toevallig op zijn portemonnee had voorzien, kan dus niet het misdrijf van art. 95a Sr ten laste worden gelegd.

De memorie van toelichting stelt over deze bepaling slechts dat door de betreffende gedragingen, evenals door de gedragingen die in de art. 92 en 95 Sr strafbaar zijn gesteld, het hoogste staatsorgaan in zijn functioneren belemmerd wordt. De raad van ministers is immers het *constitutioneel instrument om het gezag uit te oefenen* van de Kroon.<sup>91</sup> In de memorie van antwoord wordt slechts opgemerkt dat het een *eminent belang* (is), dat *juist in tijden van onrust onze democratische Staatsinstellingen behoorlijk kunnen blijven functioneren*.<sup>92</sup> Onder de raad van ministers zal de ministerraad zoals die door alle ministers tezamen wordt gevormd, moeten worden verstaan.<sup>93</sup>

#### 4.4.1.7 Art. 96 Sr

Art. 96 lid 1 Sr stelt een gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren op de samenspanning tot één van de misdrijven van de art. 92 tot en met 95a Sr. Volgens het tweede lid is dezelfde straf toepasselijk op een aantal voorbereidings- of bevorderingshandelingen. Het eerste lid van deze bepaling staat, behoudens een tweetal wijzigingen, reeds sedert de invoering in het Wetboek. De oorspronkelijke bepaling zag op de samenspanning tot één van de misdrijven van de art. 92 tot en met 95 Sr, hetgeen logisch is nu art. 95a Sr ongeveer zeventig jaar later is ingevoegd. Het tweede verschil tussen het huidige eerste lid en het oorspronkelijke art. 96 Sr betreft de sanctienorm.

De oorspronkelijke bepaling bedreigde de samenspanning van art. 96 Sr met een gevangenisstraf van vijf jaren. In het oorspronkelijk regeringsontwerp was de sanctienorm vastgesteld op drie jaren gevangenisstraf. De parlementaire behandeling concentreerde zich met name op die sanctienorm en op het feit dat samenspanning een te onbepaald begrip zou zijn. Dit heeft uiteindelijk geleid tot het invoegen van art. 80 Sr en verhoging van de sanctienorm naar vijf jaren.<sup>94</sup> Voor het overige heeft deze bepaling tot weinig discussie aanleiding gegeven.

In de memorie van toelichting bij het voorstel tot de Wet nadere voorzieningen tot bestrijding van revolutionaire woelingen wordt opgemerkt dat de voorbereiding van een omwenteling die niet het karakter heeft van samenspanning niet kan worden bestraft. In de samenspanning ziet de steller van de toelichting niets meer dan een bijzondere vorm van voorbereiding. Dat andere voorbereidingshandelingen ten aanzien van dezelfde delicten straffeloos zijn, moet als een leemte beschouwd worden.<sup>95</sup> Voorgesteld wordt daarom om in art. 96 Sr naast de samenspanning tevens de, niet nader omschreven, voorbereiding te noemen.<sup>96</sup> Ongeacht het antwoord op de vraag of samenspanning als een bijzondere vorm van voorbereiding te beschouwen is, moet worden toegegeven dat de strafbaarstelling van de wetgever van 1881 niet zonder meer de meest voor de hand liggende is.

Indien samenspanning inderdaad wordt opgevat als bijzondere vorm van voorbereiding dringt de vraag zich op waarom alleen de samenspanning strafbaar is. Wanneer samenspanning geen voorbereiding is, is zij een onvolkomen delictvorm die in de re-

<sup>91</sup> TK 1950-1951, 2258, nr. 3, p. 13.

<sup>92</sup> TK 1951-1952, 2258, nr. 5, p. 33.

<sup>93</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c., aant. 5 bij art. 95a Sr.

<sup>94</sup> Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Eerste Deel, o.c., p. 529; Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel, o.c., p. 17.

<sup>95</sup> TK 1919-1920, 428, nr. 3, p. 2.

<sup>96</sup> TK 1919-1920, 428, nr. 2.



gel<sup>97</sup> aan de voorbereiding voorafgaat. Dat het mindere dan strafbaar is terwijl het meerdere straffeloos blijft, is bepaald niet logisch. Daar staat evenwel tegenover dat, zoals bleek in paragraaf 3.2.5.1, de strafbaarstelling van samenspanning niet slechts een voorbereidend aspect maar tevens een collectief aspect kent.<sup>98</sup> Juist ook het feit dat men zich jegens elkaar verbindt tot het plegen van het misdrijf maakt het gevaar dat de samenspanners, door de groepsdruk, doorzetten waar zij een individueel voornemen wellicht hadden laten varen. Het gevaar dat het misdrijf werkelijk gepleegd wordt, zou daardoor vergroot worden.

Hoe juist dit zijn moge, feit blijft dat de voorbereidingshandeling (ideaaltypisch) dicht bij het voltooid delict zit dan de samenspanning. Daarenboven hebben (andere) voorbereidingshandelingen kenmerken die aan de samenspanning (in de regel) vreemd zijn en die de kans op een terugtreden evenzeer of wellicht zelfs meer verkleinen. Vaak behelzen die handelingen immers investeringen in termen van geld, tijd en moeite die aan de samenspanning vreemd zijn. Dat de wetgever van 1920 ook (andere) voorbereidingshandelingen ten aanzien van staatsgevaarlijke misdrijven strafwaardig achtte, valt uit dat perspectief goed te billijken.

Het voorstel tot een algemene, niet nader omschreven strafbaarstelling van voorbereiding werd door verschillende kamerleden te ruim geacht, mede omdat de redactie van de voorgestelde bepaling samenspanning en voorbereiding als onderscheiden rechtsfiguren noemde terwijl de regering in de memorie van toelichting zelf had aangegeven samenspanning als bijzondere vorm van voorbereiding te beschouwen.<sup>99</sup> De regering ziet in deze kritiek voldoende aanleiding om het voorstel dienaangaande te wijzigen.<sup>100</sup> De voorbereidingshandelingen worden in het gewijzigd voorstel omschreven zoals de bepaling uiteindelijk als tweede lid van art. 96 Sr wordt aangenomen en bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaren.<sup>101</sup>

Naar aanleiding van een daartoe strekkend amendement heeft de minister in het derde lid de exceptie dat geen strafbaarheid bestaat als blijkt dat het oogmerk van de dader slechts gericht was op het *voorbereiden of bevorderen van staatkundige veranderingen in algemene zin* toegevoegd aan het voorstel. De exceptie werd ingevoerd om te voorkomen dat de politieke vrijheid van denken en handelen werd beperkt.<sup>102</sup> Deze bepaling is geschrapt met de inwerkingtreding van de WTM. Zij blijft hier verder onbesproken.<sup>103</sup>

Met de inwerkingtreding van de WOS is de sanctienorm van art. 96 Sr verhoogd van vijf naar tien jaren. Noch in de memorie van toelichting bij noch tijdens de parlementaire behandeling van het voorstel tot die wet is aan de strafverhoging aandacht besteed.

<sup>97</sup> In paragraaf 3.2.5.1 kwam aan de orde dat de voorbereidingshandelingen van art. 96 lid 2 Sr ook aan de samenspanning vooraf kunnen gaan.

<sup>98</sup> Hieraan zal in paragraaf 6.5.1.1 verdere aandacht aan worden besteed.

<sup>99</sup> TK 1919-1920, 428, nr. 4, p. 8, 9.

<sup>100</sup> TK 1919-1920, 428, nr. 5, p. 14.

<sup>101</sup> TK 1919-1920, 428, nr. 6, p. 16.

<sup>102</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c., aant. 10 bij art. 96 Sr.

<sup>103</sup> Daarover uitgebreider: P.C. Bogert, Voor rechtvaardiging en schulditsluiting, Kluwer / SI-EUR, 2005, dissertatie EUR, p. 60-62.

#### 4.4.2 Titel II Tweede Boek WvSr

Volgens art. 114a j° art. 83 onderdeel 2° Sr zijn de misdrijven van de art. 108 lid 1, 109 en 110 Sr uit Titel II van het Tweede Boek (misdrijven tegen de koninklijke waardigheid) terroristische misdrijven wanneer zij zijn begaan met een terroristisch oogmerk. Art. 108 lid 2 Sr is een terroristisch misdrijf volgens art. 83 onderdeel 1° Sr wanneer het is begaan met een terroristisch oogmerk. Die bepalingen zullen hieronder worden besproken.

De memorie van toelichting stelt over de misdrijven van Titel II dat zij verschillen van die van Titel I doordat zij niet rechtstreeks de veiligheid van de staat bedreigen en dat de persoonlijkheid van het slachtoffer meer op de voorgrond treedt. Om die reden is de sanctienorm hoger indien de aanslag op het leven de dood ten gevolge heeft of met voorbedachten rade is ondernomen.<sup>104</sup>

De art. 108 tot en met 110 Sr zijn sedert de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht nauwelijks gewijzigd.

##### 4.4.2.1 Art. 108 Sr

Art. 108 Sr stelt een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren op de aanslag op het leven of de vrijheid van de echtgenoot van de koning, de vermoedelijke troonopvolger of zijn of haar echtgenoot. Volgens het tweede lid van deze bepaling kan levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren worden opgelegd wanneer de aanslag op het leven (dus niet die op de vrijheid) de dood ten gevolge heeft of met voorbedachten rade wordt ondernomen.

Ten opzichte van de oorspronkelijke bepaling valt een subtiële verruiming en een subtiële verenging op. De werking van de bepaling is verruimd in die zin dat de oorspronkelijke bepaling in plaats van *de echtgenoot van de Koning* sprak van *de niet-regeerende Koningin*. Hieronder moest dan de echtgenoot van de Koning worden verstaan. In die woorden kan daarmee evenwel slechts de vrouwelijke echtgenoot van het staatshoofd bedoeld zijn. De oorspronkelijke bepaling zag daarmee, uitgaande van een huwelijk tussen personen van verschillend geslacht, niet op de echtgenoot van de regerende Koningin. In navolging van de Grondwet bedoelt ook het Wetboek van Strafrecht met *Koning* zowel de mannelijke als de vrouwelijke dragers van dat ambt.<sup>105</sup> De nieuwe tekst ziet daarmee dus tevens expliciet op de echtgenoot van de regerende koningin.<sup>106</sup> De verenging is gelegen in het feit dat de oorspronkelijke bepaling naast *de niet-regeerende Koningin* en *den troonopvolger* zag op ieder lid van het koninklijk huis.<sup>107</sup> De huidige bepaling noemt als derde categorie nog slechts de echtgenoot van de (inmiddels *vermoedelijke*) troonopvolger. Deze wijzingen zijn het gevolg van de Wet houdende wijziging van enige wettelijke bepalingen betreffende leden van het koninklijk huis.<sup>108</sup>

<sup>104</sup> Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel, o.c., p. 34.

<sup>105</sup> Noyon, Langemeijer, Rammelink, o.c., aant. 8 bij art. 92 Sr.

<sup>106</sup> Noyon, Langemeijer, Rammelink, o.c., aant. 2 bij Titel II Sr.

<sup>107</sup> Aldus kwam ook de echtgenoot van de Koningin binnen het bereik van de oorspronkelijke bepaling, zij het niet expliciet.

<sup>108</sup> Wet van 7 mei 1981, Stb. 1981, 330.

#### 4.4.2.2 Art. 109 Sr

Art. 109 Sr bedreigt elke feitelijke aanranding van de persoon van de Koning die niet in een zwaardere strafbepaling valt met een gevangenisstraf van zeven jaar en zes maanden.

De oorspronkelijke bepaling had tevens betrekking op de Koningin. Daaronder moest dan zowel de regerend als de niet-regerend Koningin worden verstaan.<sup>109</sup> Al met al ontstond daardoor een tamelijk ondoorzichtig beeld. Onder *Koning* diende men te verstaan de Koning en de regerende Koningin. Onder *Koningin* diende men te verstaan de regerende en de niet-regerende Koningin. Waar *Koning* en *Koningin* in een enkele bepaling werden genoemd, betekende *Koning* dan nog slechts de mannelijke Koning. Onder *niet-regerende Koningin* moest worden verstaan de vrouwelijke echtgenoot van de mannelijke Koning. Deze niet-regerende Koningin genoot in de ene bepaling (art. 109 Sr) dezelfde strafrechtelijke bescherming als de Koning(in) terwijl zij in de andere bepaling (art. 108 Sr) op één lijn werd gesteld met de troonopvolger en (de andere) leden van het koninklijk huis. De wijziging kan dan in ieder geval een verduidelijking genoemd worden. Ook deze wijziging heeft plaatsgevonden bij de Wet houdende wijziging van enige wettelijke bepalingen betreffende leden van het koninklijk huis.

Het begrip *feitelijke aanranding van de persoon* behelst iedere daad van geweld. Het gaat dus om de feitelijke aanranding van het lichaam. Een delict als belediging kan niet binnen het bereik van art. 109 Sr worden gebracht. De sanctienorm van zeven jaren en zes maanden gevangenisstraf bewerkstelligt dat art. 109 Sr buiten toepassing moet blijven indien de *feitelijke aanranding van de persoon* tevens als zware mishandeling (volgens art. 302 lid 1 Sr bedreigd met acht jaren gevangenisstraf) of een nog zwaarder misdrijf kan worden gekwalificeerd. Bij lichtere geweldsmisdrijven (openlijke geweldpleging als bedoeld in art. 141 Sr waarbij de betreffende dader geen of slechts gering letsel toebrengt, gewone mishandeling als bedoeld in art. 300 Sr).

Voor toepassing van art. 109 Sr is overigens wel vereist dat de dader beseft dat het hier de Koning betrof. Uit de wetsgeschiedenis bij deze bepaling blijkt immers dat de regering met art. 109 Sr heeft willen aansluiten bij het misdrijf van art. 101 van het Belgische Strafwetboek. Die bepaling eist wetenschap van het feit dat het slachtoffer van de aanslag de Koning betreft.<sup>110</sup>

De stelling dat de bijzondere bepalingen omtrent andere misdrijven (bijvoorbeeld mishandeling) hier geen toepassing kunnen vinden<sup>111</sup>, mag er mijns inziens niet toe leiden dat mishandeling van de Koning met voorbedachten rade die de dood ten gevolge heeft (volgens art. 301 lid 3 Sr bedreigd met negen jaren gevangenisstraf) als art. 109 Sr gekwalificeerd moet worden. Het zou de rechter in een dergelijk geval vrij moeten staan het feit als gekwalificeerde mishandeling met voorbedachten rade te kwalificeren en te bestraffen. De consequentie van een andersluidende opvatting, te weten dat een feit tegen een willekeurig burger gepleegd met een zwaardere straf wordt bedreigd dan

<sup>109</sup> Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel, o.c., p. 37.

<sup>110</sup> Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel, o.c., p. 37.

<sup>111</sup> Noyon, Langemeijer, R Emmelink, o.c., aant. 3 bij art. 109 Sr.

hetzelfde feit begaan tegen ons staatshoofd, moet geacht worden zozeer tegen de wil van de wetgever in te druisen dat zij niet kan worden aanvaard.

#### 4.4.2.3 Art. 110 Sr

Art. 110 Sr kent dezelfde redactie als art. 109 Sr. De bepaling geldt alleen voor andere personen. Het betreft dan de echtgenoot van de Koning, de vermoedelijke troonopvolger en diens of dier echtgenoot en de Regent. Deze feitelijke aanranding wordt bedreigd met zes jaren gevangenisstraf.

In de oorspronkelijke bepaling kwam de echtgenoot van de Koning niet voor. Voor zover het daarbij ging om de vrouwelijke echtgenoot van de mannelijke Koning was deze immers reeds in art. 109 Sr genoemd. De echtgenoot van de Koningin zou wel binnen het bereik van het oorspronkelijke art. 110 Sr zijn gekomen omdat deze bepaling, net als het oorspronkelijke art. 108 Sr, tevens zag op alle leden van het Koninklijk huis. Ook de Regent werd reeds in het oorspronkelijke art. 110 Sr genoemd. De Regent werd aldus, net als de Koningin, in het ene geval (art. 92 Sr) met de Koning en in het andere geval (art. 110 Sr) met de andere leden van het koninklijk huis gelijk gesteld. Het geheel van bepalingen dat het leven, de vrijheid en de lichamelijke integriteit van de verschillende leden van het koninklijk huis moest beschermen, gaf daarmee een tamelijk verwarrend beeld te zien.

Het mag, gezien deze verwarring, niet verbazen dat bij de parlementaire behandeling van het Wetboek op enig moment is voorgesteld de art. 109 en 110 Sr samen te voegen. Het geringe verschil in strafmaximum zou handhaving van het onderscheid nauwelijks rechtvaardigen terwijl deze handhaving allerlei onduidelijkheden met zich bracht. De regering hield echter vast aan de door haar aangebrachte onderscheidingen.<sup>112</sup>

#### 4.4.3 Titel III Tweede Boek WvSr

Volgens art. 120a j° art. 83 onder 2° Sr zijn de misdrijven van de art. 115 eerste lid, 116, 117 eerste lid, 117a en 117b Sr terroristische misdrijven wanneer zij zijn begaan met een terroristisch oogmerk de ontbrekende leden worden genoemd in art. 83 onderdeel 1° Sr. De art. 117-117b Sr zullen op deze plaats niet besproken worden. Zij zijn ingevoegd ter implementatie van één van de verdragen die in het volgende hoofdstuk aan de orde zullen komen. De art. 115 en 116 Sr worden in deze paragraaf besproken.

De wijzigingen die sedert de invoering van het Wetboek zijn aangebracht in de art. 115 en 116 Sr zijn nog geringer dan die hiervoor zijn beschreven ten aanzien van de art. 108 tot en met 110 Sr.

De bepalingen zijn volgens de memorie van toelichting noodzakelijk in verband met internationale verplichtingen en het belang van Nederland om die te vervullen. Daarbij is er heel bewust voor gekozen slechts ten aanzien van enkele zware misdrijven in aparte strafbaarstelling te voorzien. Met name zou het te ver voeren om in deze titel zuivere politieke misdrijven die in het buitenland tegen een vreemde mogendheid bedreven zijn strafbaar te stellen. In een aantal opzichten is daarom bewust afgeweken

<sup>112</sup> Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel, o.c., p. 37.

van art. 92 Sr dat een soortgelijke strafbaarstelling voor ons eigen staatshoofd kent. Zo is de aanslag om tot regeren ongeschikt te maken bewust niet genoemd. Ook is bewust niet voorzien in een strafbaarstelling van samenspanning.<sup>113</sup>

Door de rechtvaardiging van de betreffende strafbaarstellingen te zoeken in het belang dat Nederland voldoet aan zijn internationale verplichtingen wijst de regering op een belang dat ook heden ten dage nog als rechtvaardiging voor de strijd tegen het internationaal terrorisme wordt aangewezen. Het belang van het voldoen aan internationale verplichtingen lijkt slechts gelegen te kunnen zijn in het kunnen laten voortbestaan en goed doen functioneren van internationale relaties tussen staten. De Algemene Vergadering van de Verenigde Naties heeft in verschillende resoluties verklaard dat zij *deplores the pernicious impact of acts of international terrorism on friendly relations among States as well as on international co-operation, including co-operation for development*.<sup>114</sup> Ook in de preambule van het in paragraaf 5.4 te bespreken Verdrag inzake de voorkoming en bestraffing van misdrijven tegen internationaal beschermde personen, met inbegrip van diplomaten wordt gesteld dat de in het Verdrag omschreven strafbare feiten een serieuze bedreiging vormen voor *the maintenance of normal international relations which are necessary for cooperation among States*. De implementatie van dat Verdrag is overigens voor een deel opgehangen aan de onderhavige strafbepalingen (en die van de art. 92 en 108 tot en met 110 Sr).

#### 4.4.3.1 Art. 115 Sr

Het huidige art. 115 Sr stelt een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren op *de aanslag op het leven of de vrijheid van een hoofd van een bevriende staat*. De enige wijziging die deze bepaling sinds de invoering heeft ondergaan, betreft het vervangen van de woorden *regerend vorst of ander hoofd van een bevrienden staat* door het huidige *hoofd van een bevriende staat*.<sup>115</sup> Die wijziging heeft voor het bereik van art. 115 Sr geen enkel gevolg nu, zoals de oude tekst zelf ook door gebruik van het woord *ander* aangaf, vorsten ook staatshoofden zijn. De aparte aanwijzing van de regerend vorst werd om die reden overbodig geacht.<sup>116</sup>

Onder *een bevriende staat* wordt volgens art. 87a Sr verstaan iedere *buitenlandse mogendheid waarmee Nederland niet in een gewapend conflict is gewikkeld*. Daarmee heeft de term een ruime betekenis. Uiteraard brengt de beperking van de toepasselijkheid van art. 115 Sr tot bevriende staatshoofden niet mee dat tegen de hoofden van staten waarmee Nederland wel een gewapend conflict heeft alles toegestaan is. Dan moet men echter terug vallen op de algemene strafbepalingen die het leven en de vrijheid van een ieder beschermen.<sup>117</sup>

Volgens het tweede lid van art. 115 Sr kan levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren worden opgelegd indien de aanslag op het leven de dood ten gevolge heeft of met voorbedachten rade werd ondernomen. De bepaling heeft daarmee dezelfde redactie en dezelfde sanctienormen als art. 108 Sr ten aanzien van de

<sup>113</sup> Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel, o.c., p. 47.

<sup>114</sup> A / Res / 38 / 130 (1983); soortgelijke termen zijn te vinden in A / Res / 40 / 61 (1985).

<sup>115</sup> Wet van 25 maart 1978, Stb. 1978, 155.

<sup>116</sup> Noyon, Langemeijer, Rammelink, o.c., aant. 3 bij art. 118 Sr.

<sup>117</sup> Noyon, Langemeijer, Rammelink, o.c., aant. 3 bij art. 115 Sr.

echtgenoot van de koning, de vermoedelijke troonopvolger, diens of dier echtgenoot en de Regent.

#### 4.4.3.2 Art. 116 Sr

Art. 116 Sr stelt een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren op *elke feitelijke aanranding van de persoon van een hoofd van een bevriende staat* die niet in een zwaardere strafbepaling valt. Ook deze bepaling zag oorspronkelijk op de *regeerend vorst of ander hoofd van een bevrienden staat*. De bepaling is tegelijk met art. 115 Sr aangepast. Art. 116 Sr kent dezelfde redactie en dezelfde sanctienorm als art. 110 Sr ten aanzien van de echtgenoot van de koning, de vermoedelijke troonopvolger, diens of dier echtgenoot en de Regent.

#### 4.4.4 Titel IV Tweede Boek WvSr

Volgens art. 130a Sr j° art. 83 onderdeel 2° Sr zijn de misdrijven van de art. 123 en 124 Sr terroristische misdrijven wanneer zij zijn begaan met een terroristisch oogmerk. De art. 121 en 122 Sr worden genoemd in art. 83 onderdeel 1° Sr. Deze bepalingen worden hieronder besproken. Daarnaast zal aandacht worden besteed aan een aantal misdrijven uit Titel IV Tweede Boek WvSr dat om onbegrijpelijke redenen niet als terroristisch misdrijf kan worden begaan.

##### 4.4.4.1 De art. 121 en 122 Sr

De art. 121 en 122 Sr zijn wederom bepalingen die tamelijk ingrijpend zijn gewijzigd met de inwerkingtreding van de WOS. Het huidige art. 121 Sr stelt levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren op het

door geweld of bedreiging met geweld een vergadering van de beide kamers der Staten-Generaal of van een van deze uiteenja(,)g(en) of tot het nemen of niet nemen van enig besluit dwing(en), of een lid, een minister of een staatssecretaris uit die vergadering verwijder(en) of opzettelijk verhinder(en) die bij te wonen of daarin vrij en onbelemmerd zijn plicht te vervullen.

Het oorspronkelijke art. 121 Sr had slechts betrekking op het eerste deel van de huidige bepaling, te weten *een vergadering van de beide kamers der Staten-Generaal of van een van deze uiteenjagen of tot het nemen of niet nemen van enig besluit dwingen of een lid uit die vergadering verwijderen*. Het misdrijf werd bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren. Art. 122 Sr bevatte de strafbaarstelling van het door (bedreiging met) geweld opzettelijk<sup>118</sup> een lid van de Eerste of de Tweede Kamer verhinderen de vergadering bij te wonen of daarin vrij en onbelemmerd zijn plicht te vervullen. Dit misdrijf werd bedreigd met een gevangenisstraf van drie jaren.

De memorie van toelichting bij deze bepalingen merkt op dat de in art. 122 Sr omschreven feiten zeer wel tevens een aanslag ondernomen met het oogmerk om de

<sup>118</sup> Deze extra (geweld veronderstelt immers reeds opzet) opzeteis bedoelt (net als bij de art. 95 en 95a Sr) te garanderen dat de dader tenminste willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat het door hem gepleegde of in het vooruitzicht gestelde geweld een dergelijke verhindering of belemmering tot gevolg zou hebben. Praktisch brengt deze eis mee dat vereist is dat de dader de bijzondere status van het slachtoffer kent. Deze opzeteis was niet nodig bij de andere onderdelen van de onderhavige strafbepaling omdat het plegen van die misdrijven zonder dat opzet op het betreffende gevolg bestond eigenlijk niet goed denkbaar is.

grondwettige regeringsvorm te vernietigen of op onrechtmatige wijze te veranderen als bedoeld in art. 94 Sr kunnen zijn. Wanneer beide bepalingen gelijktijdig van toepassing zijn, is volgens de toelichting sprake van eendaadse samenloop. De zwaarste strafbepaling, art. 94 Sr dus, moet worden toegepast.<sup>119</sup> Het is in het licht van de in hoofdstuk 6 nog te bespreken jurisprudentie overigens zeer de vraag of ook heden ten dage nog vol kan worden gehouden dat bij gelijktijdige toepasselijkheid van de art. 94 en 121 Sr van eendaadse samenloop sprake zal zijn.

Het onderscheid tussen de misdrijven van art. 121 en 122 (oud) Sr doet sterk denken aan het hiervoor besproken onderscheid tussen het eerste en het tweede lid van het oorspronkelijke art. 95 (oud) Sr. Zoals hiervoor bleek maakte de wetgever een onderscheid tussen (bedreiging met) geweld tegen een enkel lid van de regeringsraad en tegen de regeringsraad als geheel. Dat laatste misdrijf werd met een beduidend hogere straf bedreigd omdat het koninklijk gezag niet door één of enkele leden wordt uitgeoefend maar door de regeringsraad als geheel. Iets soortgelijks heeft kennelijk (de parlementaire geschiedenis zwijgt daar verder over) te gelden voor de (kamers der) Staten-Generaal. De grote overeenkomst in redactie tussen art. 95 (oud) Sr en de art. 121 en 122 (oud) Sr lijkt ook anderszins overeenkomstige interpretaties toe te staan. Zo kwam hiervoor aan de orde dat de misdrijven waarin (de bedreiging met) het geweld in de zin van art. 95 Sr bestaat tot die bepaling staan in een relatie van meerdaadse samenloop. Dat zal ook hebben te gelden voor de art. 121 en 122 (oud) Sr. Anders lijkt het relatief lage strafmaximum van art. 122 (oud) Sr ook moeilijk vol te houden.

Tijdens de parlementaire behandeling geeft de Commissie aan dat bij art. 122 (oud) Sr alleen gedacht moet worden aan politieke misdrijven. Om die reden wordt invoeging van het bestanddeel *opzettelijk* in de art. 122 (oud) en 123 (oud) Sr voorgesteld.<sup>120</sup> Uit het feit dat dit voorstel door de wetgever is overgenomen, kan worden opgemaakt dat de wetgever de toepassing van deze strafbepalingen heeft willen beperken tot politieke misdrijven. Men kan overigens de vraag stellen in hoeverre op deze wijze ook daadwerkelijk gegarandeerd wordt dat de toepassing van deze strafbepalingen beperkt blijft tot politieke misdrijven.<sup>121</sup> Twijfel omtrent het antwoord op die vraag laat evenwel de constatering dat de wetgever de betreffende misdrijven exclusief bedoelde als politieke misdrijven onverlet.

De art. 121 en 122 Sr zijn, als gezegd, gewijzigd met de inwerkingtreding van de WOS. De wijziging was opgenomen in een Nota van wijziging<sup>122</sup>. In de memorie van antwoord geeft de regering duidelijk aan zich bewust te zijn van het feit dat de onderhavige bepaling ziet op de bescherming van het functioneren van de kamers der Staten-Generaal en niet op het voortbestaan ervan. Het behoorlijk functioneren van democratische staatsinstellingen acht de regering juist in tijden van onrust van een

<sup>119</sup> Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel*, o.c., p. 56

<sup>120</sup> Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel*, o.c., p. 58.

<sup>121</sup> De keuze voor het uitdrukken van de opzeteis door gebruik van het woord *opzettelijk* brengt mee dat daarvoor in beginsel alle opzetvormen voor in aanmerking komen. Dat brengt dan mee dat ook de dader die met zijn daad geen politiek doel nastreeft (maar die handelt omdat hij met het betreffende kamerlid enz. een persoonlijke vete heeft) binnen het bereik van de onderhavige strafbepalingen komt wanneer hij zich gerealiseerd heeft dat zijn daad tot gevolg zou (kunnen) hebben dat het betreffende kamerlid enz. daardoor verhinderd zou worden met het vereiste opzet handelt. Dat dan sprake is van een politiek misdrijf lijkt mij vatbaar voor discussie.

<sup>122</sup> TK 1951-1952, 2258, nr. 6.

zodanig eminent belang dat de hoogste straf die ons recht kent zou moeten kunnen worden opgelegd voor het met (bedreiging met) geweld frustreren van dat functioneren.

Daarbij worden dan tevens de delict omschrijvingen van de art. 121 en 122 Sr tot één nieuw art. 121 Sr samengevoegd. Het vacant geworden art. 122 Sr wordt daarbij gebruikt voor de strafbaarstelling van samenspanning tot en voorbereiding van het misdrijf van art. 121 Sr. In art. 135 Sr wordt het opzettelijk nalaten kennisgeving te doen aan politie en justitie van het bestaan van een dergelijke samenspanning van het bestaan op het moment dat het plegen nog kan worden voorkomen door de persoon die op dat moment weet heeft van het bestaan van die samenspanning strafbaar gesteld wanneer het misdrijf is gevolgd strafbaar gesteld. Het misdrijf wordt bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar.<sup>123</sup>

Art. 121 Sr is opnieuw gewijzigd met de inwerkingtreding van de Wet herijking strafmaxima die hiervoor al meerdere keren aan de orde kwam. Naast de verhoging van de tijdelijke gevangenisstraf die voor het misdrijf van twintig naar dertig jaren die bij alle misdrijven waarvoor levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd heeft plaatsgevonden, is het bereik van de strafbepaling uitgebreid. De woorden *een lid uit die vergadering verwijderd of opzettelijk een lid verhindert die vergadering bij te wonen of daarin vrij en onbelemmerd zijn plicht te vervullen* zijn bij die gelegenheid vervangen door *een lid, een minister of een staatssecretaris uit die vergadering verwijderd of opzettelijk verhindert die bij te wonen of daarin vrij en onbelemmerd zijn plicht te vervullen*.

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt opgemerkt dat het functioneren van de ministerraad en van ministers in die raad beschermd wordt door art. 95a Sr en dat het functioneren van het parlement en van leden daarvan in het parlement beschermd wordt door art. 121 Sr. Volgens de toelichting is er daarmee een lacune die samenhangt met de verschillende titels waarin de respectieve bepalingen zijn gerubriceerd. Art. 95a Sr is ondergebracht in de titel betreffende misdrijven tegen de veiligheid van de staat. Art. 121 Sr is ondergebracht in de titel misdrijven betreffende de uitoefening van staatsplichten en staatsrechten. Die titel beoogt *de vrijheid van verkiezingen en van door verkiezingen aangewezen personen en lichamen te beschermen*. Dat ministers en staatssecretarissen in art. 121 Sr niet genoemd worden is in zoverre juist dat zij niet door verkiezingen zijn aangewezen. Gevolg hiervan is wel dat de interactie tussen parlement en bewindsliden niet strafrechtelijk beschermd is. *Gelet op het belang van genoemde interactie voor onze democratie* is het (laten voort)bestaan van deze lacune onwenselijk. Nu bij misdrijven tegen deze interactie niet direct de staatsveiligheid in het geding is terwijl een goed functioneren van het parlement zonder de bedoelde interactie niet goed denkbaar is, ligt volgens de toelichting een aanpassing van art. 121 Sr het meest voor de hand.<sup>124</sup>

#### 4.4.4.2 Art. 121a Sr

Met de inwerkingtreding van de Wet herijking strafmaxima is overigens tevens een geheel nieuw misdrijf toegevoegd aan Titel IV. Het nieuwe art. 121a Sr stelt een gevangenisstraf van negen jaren op dezelfde gedragingen als omschreven in art. 121 (nieuw) Sr wanneer zij zijn begaan tegen het functioneren van *een vergadering van een*

<sup>123</sup> TK 1951–1952, 2258, nr. 5, p. 33.

<sup>124</sup> TK 2001–2002, 28484, nr. 3, p. 19, 20.



*commissie uit de beide kamers der Staten-Generaal in plaats van tegen het functioneren van de plenaire vergadering.*

Directe aanleiding voor het voorstel was een incident van september 1997 waarbij actievoerders het functioneren van de staatssecretaris van justitie in de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer beletten door middel van handboeien. De memorie van toelichting stelt voorop dat niet per definitie bezwaren behoeven te bestaan tegen maatschappelijke herwaardering van de ernst van een strafbaar feit naar aanleiding van een incident. Incidenten kunnen juist de ontoereikendheid van een regel demonstreren. Bij de beoordeling van een regel mag ook het bredere verband niet uit het oog worden verloren. Ten aanzien van de strafwaardigheid van misdrijven die het functioneren van commissies van het parlement frustreren stelt de toelichting dat het belang van vergaderingen van commissies in de loop van de twintigste eeuw sterk is toegenomen, hetgeen onder meer blijkt uit het feit dat de ministeriële verantwoordelijkheid in de parlementaire praktijk van vandaag de dag voor een belangrijk deel gestalte krijgt in algemene overleggen of wetgevingsoverleggen met parlementaire commissies. Omdat in commissievergaderingen geen formele besluitvorming plaatsvindt wordt het belang van commissievergaderingen lager ingeschat dan dat van de plenaire vergadering. Om die reden is voor art. 121a Sr voor een lager strafmaximum gekozen dan voor art. 121 Sr. De misdrijven van art. 121a Sr worden bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren.<sup>125</sup>

Aan art. 121a Sr zal geen verdere aandacht worden besteed nu de misdrijven die in deze bepaling strafbaar zijn gesteld niet als terroristisch misdrijf kunnen worden aangemerkt wanneer zij zijn begaan met een terroristisch oogmerk. In paragraaf 4.5.3 zal slechts een enkel woord worden gewijd aan het antwoord op de vraag waarom dat niet gebeurd is.

#### **4.4.4.3 De art. 123 en 124 Sr**

In art. 123 Sr wordt negen jaren gevangenisstraf gesteld op het door (bedreiging met) geweld een vergadering van provinciale staten of de gemeenteraad uiteenjagen, tot het (niet) nemen van enig besluit dwingen of de voorzitter<sup>126</sup> of een lid uit die vergadering verwijderen. Art. 124 Sr stelt dezelfde gevangenisstraf op het door (bedreiging met) geweld opzettelijk<sup>127</sup> de voorzitter of een lid van provinciale staten of de gemeenteraad verhinderen de vergadering van dat orgaan bij te wonen of daarin onbelemmerd zijn plicht te vervullen.

De bepalingen dragen nog duidelijk de sporen van de tweedeling die de wetgever van 1881 maakte tussen misdrijven tegen het gehele orgaan en misdrijven tegen een enkel lid van dat orgaan. De strafbepaling van art. 124 Sr kende oorspronkelijk een sanctienorm van twee jaren gevangenisstraf. Bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht

<sup>125</sup> TK 2001-2002, 28484, nr. 3, p. 18, 19.

<sup>126</sup> De voorzitter van de gemeenteraad is de burgemeester. De voorzitter van provinciale staten is de Commissaris van de Koningin. Zij worden in de betreffende strafbepalingen apart genoemd omdat zij, anders dan de voorzitters van de vergaderingen van de kamers der Staten-Generaal, zelf geen lid van de betreffende colleges zijn, aldus Noyon, Langemeijer, Remmelink, o.c., aant. 1a bij art. 123 Sr.

<sup>127</sup> Net als in de art. 95, 95a en 121 Sr komt deze opzeteis erop neer dat de dader zich tenminste bewust moet zijn geweest van de status van zijn slachtoffer.

hebben de betreffende bepalingen weinig aandacht gekregen. Voornaamste vraag was of andere organen (Raad van State, gedeputeerde staten, college van burgemeester en wethouders) niet op soortgelijke wijze strafrechtelijk beschermd moesten worden. Volgens de regering was dat niet het geval nu deze organen geen zelfstandig gezag uitoefenen. De bescherming die door het commune strafrecht aan deze organen wordt geboden, zou daarom voldoende zijn.<sup>128</sup>

Bij de behandeling van de WOS wordt van de zijde van de Tweede Kamer aange-  
drongen op verhoging van de straffen voor het uiteenjagen van de kamers der Staten-  
Generaal en het verhinderen dat een lid de vergadering daarvan bijwoont, alsmede op  
dezelfde gedragingen ten aanzien van (leden van) lagere vertegenwoordigende licha-  
men.<sup>129</sup> Naar aanleiding hiervan werden met de nota van wijzigingen niet slechts de  
hiervoor besproken wijzigingen van de art. 121 en 122 Sr maar tevens de verhoging  
van de sanctienorm van art. 124 Sr van twee naar negen jaren doorgevoerd.<sup>130</sup>

Ook de art. 123 en 124 Sr zijn met de inwerkingtreding van de Wet herijking straf-  
maxima gewijzigd. De uitbreiding van het bereik van deze bepalingen is vergelijkbaar  
met de uitbreiding die aan het bereik van art. 121 Sr is gegeven, zij het dat de onder-  
havige bepalingen drastischer zijn gewijzigd om systematische redenen. Sinds de ver-  
hoging van de sanctienorm van art. 124 Sr van twee naar negen jaren bestaat geen  
goede reden meer voor een aparte strafbaarstelling van misdrijven tegen individuele  
leden van provinciale staten en de gemeenteraad naast de misdrijven tegen deze orga-  
nen als geheel. Die aparte strafbaarstellingen zijn dan ook samengevoegd.

Art. 123 Sr heeft thans nog slechts betrekking op de vergaderingen van provinciale  
staten. Het eerste gedeelte stelt nog steeds een gevangenisstraf van ten hoogste negen  
jaren op het door (bedreiging met) geweld een vergadering van de staten van een pro-  
vincie uiteenjagen of tot het (niet) nemen van een besluit dwingen. Met eenzelfde straf  
wordt thans tevens bedreigd hij die door (bedreiging met) geweld *een lid, de voorzitter of  
een gedeputeerde uit die vergadering verwijdt of opzettelijk verhindert die bij te wonen of daarin  
vrij en onbelemmerd zijn plicht te vervullen*. Art. 124 Sr bevat eenzelfde bepaling ten aan-  
zien van de gemeenteraad. De uitbreiding is hier gelegen in het feit dat de bepaling ten  
aanzien van de verwijdering of de opzettelijke belemmering aanwezig te zijn of onbe-  
lemmerd zijn plicht te vervullen thans betrekking heeft op *een lid, de voorzitter of een  
wethouder*. Inhoudelijk behelst de volledige herziening van de tekst van de art. 123 en  
124 Sr niets meer dan een toevoeging van de gedeputeerde en de wethouder. Door de  
volledige herziening loopt de redactie wel beter in de pas met de art. 95, 95a en 121  
Sr.

#### 4.4.4.4 De art. 123a en 124a Sr

Ook voor provinciale staten en de gemeenteraad heeft de Wet herijking strafmaxima  
voorzien in strafbaarstelling van het frustreren van het functioneren van commissies  
door middel van (bedreiging met) geweld. Die strafbaarstellingen zijn neergelegd in de  
art. 123a (provinciale staten) en 124a (gemeenteraad) Sr. De redactie van deze nieuwe  
strafbepalingen is identiek aan die van art. 121a Sr met dien verstande dat het uiteraard  
gaat om andere organen en dat naast *een lid* respectievelijk *een gedeputeerde of de commis-*

<sup>128</sup> Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel, o.c., p. 56-58.

<sup>129</sup> TK 1951-1952, 2258, nr. 4, p. 24.

<sup>130</sup> TK 1951-1952, 2258, nr. 6.

*sis van de Koning* (art. 123a Sr) en *een wethouder of de burgemeester* (art. 124a Sr) worden beschermd. Net als voor art. 121a Sr geldt voor deze misdrijven dat zij geen terroristische misdrijven zijn indien zij zijn begaan met een terroristisch oogmerk. Zij worden immers niet genoemd in art. 130a Sr. Om deze reden blijven zij hier verder onbesproken. Wel zal in paragraaf 4.5.3 getracht worden een antwoord te verschaffen op de vraag waarom deze misdrijven niet als terroristisch misdrijf kunnen worden begaan.

#### 4.4.5 Conclusie

Concluderend kan worden gesteld dat ten tijde van de invoering van het Wetboek van Strafrecht in de ons omringende landen revolutionaire bewegingen actief waren die met name door aanslagen op staatshoofden probeerden het staatsbestuur te ontwrichten of te vernietigen. Zonder onmiddellijk te vrezen dat dergelijke taferelen zich ook hier te lande voor zouden doen, gaf de wetgever er blijk van te beseffen dat voor dergelijke misdrijven in (bijzondere) strafrechtelijke bepalingen moest worden voorzien.

In de daarop volgende decennia zijn de strafbepalingen die bescherming van voor de staat en het staatsbestuur gewichtige organen of (symbolische)<sup>131</sup> personen twee keer tamelijk ingrijpend aangevuld en herzien. De eerste keer was in de tijd dat het gevaar van een communistische revolutie steeds dichterbij leek te komen. De tweede keer was na en in reactie op de Tweede Wereldoorlog. In algemene zin kan daarbij worden opgemerkt dat steeds uitbreiding werd gegeven aan het aantal strafbare feiten en het strafrechtelijk daderschap. Aanpassingen van de sanctienormen van de betreffende strafbepalingen bestonden steeds in verhogingen van die sanctienormen.

In de parlementaire stukken bij het oorspronkelijke Wetboek en de latere wetswijzigingen komen termen als *terrorisme*, *terroristisch* en *terreur* zelden voor. Duidelijk is wel dat de wetgever het oog heeft gehad op strafbaarstelling van politieke misdrijven.

Het geweld dat aan het einde van de negentiende eeuw in Europa plaatsvond, zou echter vandaag de dag terroristisch genoemd worden. De aanslagen werden ook gepleegd met een terroristisch oogmerk in de zin van het huidige art. 83a Sr. Uit het feit dat in de vocabulaire van het einde van de negentiende eeuw geen plaats bestond voor het woord *terrorisme* mag dus zeker niet worden afgeleid dat de wetgever van die tijd van de inhoud van dat concept geen enkel benul had.

De communistische revoluties aan het einde van het tweede decennium van de twintigste eeuw en de Tweede Wereldoorlog passen minder goed in de moderne conceptualisering van het begrip *terrorisme*. In de moderne literatuur over terrorisme worden deze twee perioden dan ook tamelijk stelselmatig genegeerd. Toch vallen in de gedragingen en de doeleinden van de geweldplegers uit die episoden van de wereldgeschiedenis wel elementen van het terroristisch oogmerk van art. 83a Sr te ontwaren.

Zo is een revolutie er onmiskenbaar op gericht *de fundamentele politieke, constitutionele, economische of sociale structuren van een land ernstig te ontwrichten of te vernietigen*. Datzelfde

<sup>131</sup> Leden van het koninklijk huis die in de lijn van troonopvolging niet een zodanige plaats innemen dat redelijkerwijs verwacht kan worden dat zij de troon ooit zullen bestijgen, zijn voor het feitelijke staatsbestuur van weinig of geen belang. Zij zijn desalniettemin 'symbolen' van de Nederlandse staat en samenleving.

geldt uiteraard voor een bezetting die deel uitmaakt van de creatie van een groot Keizerrijk. Het bombarderen van steden (ongeacht of het daarbij gaat om Rotterdam, Dresden of Nagasaki) om een vijand tot capitulatie te bewegen, kan aangemerkt worden als het opzettelijk veroorzaken van meerdere ontploffingen met het oogmerk *een overheid wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden*. Anders dan de misdrijven van de moderne terrorist zijn het revolutionaire geweld en de militaire bezetting evenwel ook daadwerkelijk in staat gebleken fundamentele basisstructuren van landen te vernietigen. De reden dat deze gebeurtenissen niet in termen van terrorisme worden beschreven, lijkt dan ook voornamelijk te zijn dat zij in ernst veel verder gaan dan wat nog als eenvoudig terrorisme aangemerkt kan worden. Illustratief in dit verband lijkt mij de constatering dat de Nazi's niet eenvoudigweg het oogmerk hadden *om de bevolking of een deel der bevolking van een land ernstige vrees aan te jagen*, maar dat zij reeds een behoorlijk eind gevorderd waren in de volledige vernietiging van een compleet volk. Oorlog, met name als daarbij massavernietigingswapens worden gebruikt en burgerbevolkingen niet worden ontzien, is vele malen ingrijpender, ernstiger en dodelijker dan welke (andere)<sup>132</sup> vorm van terrorisme dan ook. Dit geldt zeker ook voor burgeroorlogen waarmee revoluties nog al eens gepaard zullen gaan.

De conclusie lijkt dan onvermijdelijk dat de sanctienormen die de wetgevers in de loop der tijd voldoende streng hebben geacht voor fenomenen als (dreigende) revolutie en oorlog in beginsel tevens voldoende streng geacht moeten worden om recht te doen aan het modern terrorisme in al zijn verschijningsvormen. De nadruk mag in deze stelling overigens vrij sterk gelegd worden op de woorden *in beginsel*. De afgelopen vijftig jaar is aan de betreffende misdrijven nauwelijks<sup>133</sup> meer aandacht besteed. Dit brengt mee dat het best zinnig kan zijn de betreffende strafbepalingen integraal opnieuw te doordenken. Overigens zou daarvan eerder een verlaging dan een verhoging van sanctienormen te verwachten mogen zijn.

De inhoud van de WOS is immers sterk beïnvloed door de zeer verse herinnering aan de Tweede Wereldoorlog. Die verlaging heeft in zoverre reeds plaatsgevonden dat de doodstraf, die in de WOS terugkeerde na een afwezigheid van circa tachtig jaren<sup>134</sup>, in 1991<sup>135</sup> definitief werd afgeschaft. Art. 114 Gw zoals dat sinds 1981 luidt, staat niet alleen niet toe dat de doodstraf door de rechter (met inbegrip van de militaire rechter) wordt opgelegd, maar verbiedt tevens de wetgever die sanctienorm in strafbepalingen op te nemen.<sup>136</sup>

Wat daarvan verder ook zij, de conclusie dat de wetgevers van het verleden voldoende besef hadden van zaken die wij heden ten dage onder de noemer terrorisme zouden

<sup>132</sup> Mijns inziens bestaan er geen overtuigende principiële redenen om oorlogen per definitie uit te zonderen van het begrip *terrorisme*.

<sup>133</sup> De bepalingen hebben gedeeltelijk gediend tot en voor het overige model gestaan voor de Nederlandse implementatie van het Verdrag inzake de voorkoming en bestraffing van misdrijven tegen internationaal beschermde personen, met inbegrip van diplomaten. De bestaande sanctienormen zijn daarbij gehandhaafd en de nieuwe sanctienormen zijn op die bestaande afgestemd. Dat mag als een impliciete instemming met die sanctienormen worden beschouwd.

<sup>134</sup> Wet van 17 september 1870, tot afschaffing der doodstraf, Stb. 1870, 162; deze wet liet in art. 2 de mogelijkheid tot het opleggen van de doodstraf in tijd van oorlog (lid 1) of voor bepaalde misdrijven begaan aan boord van marineschepen (lid 2) onverlet.

<sup>135</sup> Wet van 14 juni 1990, Stb. 1990, 368.

<sup>136</sup> C.A.J.M. Kortmann, P.P.T. Bovend'Eert, J.C.E. Ackermans-Wijn, J.W.A. Fleuren, M.N.H. van der Nat, Tekst & Commentaar Grondwet, Kluwer, Deventer, 1998, aant. 1. bij art. 114.

vatten en overigens van nog veel ellendiger zaken is onontkoombaar. Het, vanuit de veronderstelling dat het modern terrorisme de mensheid confronteert met vormen van geweld waarvan men in het verleden geen weet had, zonder meer aanscherpen van sanctienormen geeft blijk van een gebrek aan ieder historisch besef en behelst een miskenning van het werk van de wetgevers uit het verleden.

#### **4.5 Verhouding met de WTM**

Sedert 10 augustus 2004 zijn de hierboven besproken misdrijven (met uitzondering van die van de art. 121a, 123a en 124a Sr) terroristische misdrijven wanneer zij worden begaan met een terroristisch oogmerk. Hieronder zullen eerst de strafverhogingen van de WTM in het licht van het voorgaande worden besproken. Vervolgens zal de aandacht worden verlegd naar de betekenis van het terroristisch oogmerk voor de verschillende delictsomschrijvingen.

##### **4.5.1 De strafverhoging van de WTM**

In paragraaf 4.3 bleek reeds dat de respectieve wetgevers die de sanctienormen voor de strafbepalingen die in dit hoofdstuk centraal staan, hebben vastgesteld bij die vaststelling rekening hebben gehouden met feiten en omstandigheden die of als terrorisme kunnen worden aangemerkt of die van een ernstiger orde moeten worden beschouwd. Voor verhoging van de sanctienormen in verband met de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk kan dan ook in beginsel eigenlijk geen ruimte meer aanwezig worden geacht. Het terroristisch element was immers reeds volledig verdisconteerd in de toepasselijke sanctienormen. Zoals hieronder nog uitgebreider aan de orde komt, bevatten deze misdrijven allemaal ook reeds op één of andere wijze een bestanddeel dat overeenkomt met (de verwezenlijking van) een variant van het terroristisch oogmerk.

##### **4.5.1.1 De Ruimte voor strafverhoging**

Ruimte voor strafverhoging zou slechts kunnen bestaan indien blijkt dat de opvattingen over de strafwaardigheid van de betreffende misdrijven de afgelopen decennia zijn veranderd. Dat de WTM aansluiting zoekt bij dergelijke opvattingen lijkt te kunnen worden uitgesloten.

In de eerste plaats is niet aannemelijk dat die opvattingen veranderd zijn in de zin dat een strafverhoging op haar plaats zou zijn. De misdrijven die in dit hoofdstuk centraal staan, zijn na kort na de Tweede Wereldoorlog volledig herzien en op onderdelen ingrijpend gewijzigd. De herinnering aan een vreemde mogendheid die het land bezet, een totalitair regime voert en onbeschrijflijke wreedheden tegen willekeurige (groepen) burgers pleegt, was toen nog vers. Dat terroristische groeperingen in staat moeten worden geacht tot een omverwerping van het Nederlandse staatsgezag en vestiging van een dergelijk regime is bij de behandeling van het voorstel niet betoogd en ook anderszins niet gebleken.

Indien de wetgever meende dat (desondanks) van veranderde opvattingen omtrent de strafwaardigheid van deze misdrijven sprake was (in de zin van een noodzaak tot strafverhoging bijvoorbeeld in verband met een toegenomen dreiging<sup>137</sup> dat deze misdrijf-

<sup>137</sup> Modern terrorisme stelt zich weliswaar (wellicht) ten doel op grote schaal dood en verderf te zaaien door grote aanslagen (zoals die van 11 september 2001 of aanslagen met massavernietigingswapens) te plegen waarvan de wetgever in de vijftigerjaren zich misschien geen voorstelling kon maken. Die wetgever kende uiteraard wel de gevaren van mosterdgas (dat op grote schaal in de Eerste Wereldoorlog was toegepast) en van kernwapens (ook de herinnering aan de aanslagen

ven gepleegd zouden kunnen worden of veranderde opvattingen over de ernst van dergelijke misdrijven), had in de toelichting bij het voorstel van de WTM een uitgebreide motivering van dat standpunt verwacht mogen worden. Op dit punt bevat de toelichting geen enkele motivering.

Waarschijnlijker dan een veranderde opvatting over de strafwaardigheid van deze misdrijven is dat de wetgever zich totaal geen rekenschap heeft gegeven van het feit dat de sanctienormen van deze misdrijven reeds volledig recht deden aan de ernst van deze misdrijven, ook als zij door terroristische groeperingen worden begaan. Een sterke aanwijzing daarvoor is gelegen in het generale en automatische karakter van de strafverhoging van de WTM. Indien de wetgever zich had gerealiseerd dat sommige misdrijven reeds een terroristisch element bevatten, zou hij per delict zijn nagegaan in hoeverre nog ruimte bestond voor strafverhoging. Dat zou er dan noodzakelijkerwijs toe geleid hebben dat de strafverhoging voor misdrijven die reeds een terroristisch element bevatten lager zou zijn uitgevallen dan voor misdrijven waarin een dergelijk element niet voorkwam. Dergelijke uitzonderingen naar beneden zijn niet te vinden. De WTM is een puur technische operatie geweest. In een enkel geval is aanleiding gezien voor een (forse) afwijking naar boven (zoals bij art. 140a Sr en, zoals in paragraaf 5.3.3 nog zal blijken, art. 282b Sr). Een werkelijk afgewogen oordeel over de strafwaardigheid en de strafverhoging van ieder terroristisch misdrijf voor zich heeft duidelijk niet plaatsgevonden.

#### 4.5.1.2 Gevolgen van de strafverhoging

Deze doublures hebben overigens voor de meeste sanctienormen van de betreffende misdrijven geen gevolgen. De oorzaken daarvan lopen uiteen.

Allereerst worden de misdrijven van de art. 92 tot en met 95a, 108 lid 2, 115 lid 2 en 121 Sr reeds zonder terroristisch oogmerk met levenslange gevangenisstraf bedreigd. Strafverhoging is voor die misdrijven vanzelfsprekend niet mogelijk.

Daarnaast worden de straffen van de art. 96 en 122 door de WTM niet verhoogd omdat die bepalingen de strafbaarstelling van samenspanning en voorbereiding van misdrijven die met levenslange gevangenisstraf bevatten. De wetgever heeft, zoals reeds bleek in paragraaf 2.1.1.1, kennelijk gemeend dat als de sanctienorm voor het voltooid delict niet wordt verhoogd, ook die voor de onvolkomen delictvormen (ongeacht het antwoord op de vraag of zij in het Algemeen Deel worden geregeld of in een zelfstandige strafbaarstelling als voltooid delict bestaan) niet verhoogd mag worden.

Tenslotte is het toepassingsbereik van de art. 109, 110 en art. 116 Sr zeer beperkt. Deze misdrijven zijn, zoals hiervoor bleek, niet toepasselijk indien het feit als geweldsmisdrijf met een hogere straf wordt bedreigd. Die hogere strafdreiging geldt reeds voor zware mishandeling. Ongewenst gevolg daarvan is overigens wel dat de bepaling juist kan worden toegepast, ook als terroristisch misdrijf, bij misdrijven die met terrorisme

---

op Hiroshima en Nagasaki was nog vers), hij hield mogelijk geen rekening met het gevaar dat terroristische groeperingen dergelijke aanslagen kunnen plegen. Bij de misdrijven die in dit hoofdstuk centraal staan, doet dat evenwel niet ter zake. Die richten zich immers tegen (het functioneren of voortbestaan van) de staat. De vraag is dus slechts of terroristische groeperingen (ongeacht de middelen die zij daarvoor gebruiken) een bedreiging vormen voor de (organen van) de Nederlandse staat die groter is dan de bedreiging die van de Duitse bezetter (en daarvoor van marxistische revolutionairen) uitging. Gegeven ook het feit dat het Amerikaanse staatsbestuur als zodanig geen moment gewankeld heeft na de aanslagen van 11 september 2001 is dat niet waarschijnlijk.

weinig uit hebben staan. Een delict als eenvoudige mishandeling van één van de in de art. 109, 110 en 116 Sr genoemde personen is eerder te verwachten van actievoerders dan van ‘terroristen’. Juist bij een dergelijk delict kunnen de genoemde bepalingen worden toegepast.

De strafverhogingen van de WTM hebben wel betekenis voor de misdrijven van de art. 108 lid 1, 115 lid 2, 123 en 124 Sr. Die betekenis loopt overigens uiteen.

### **De art. 108 lid 1 en 115 lid 1 Sr**

Voor de art. 108 lid 1 en 115 lid 1 Sr is die betekenis subtiel doch verstrekkend. Deze bepalingen bedreigen de aanslag op het leven of de vrijheid van personen met een bepaalde hoedanigheid met een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren. In het tweede lid van deze bepalingen (waarvoor dus geen strafverhoging heeft plaatsgevonden met de inwerkingtreding van de WTM) is vastgelegd dat de aanslag op het leven met levenslange gevangenisstraf wordt bestraft wanneer de aanslag op het leven met voorbedachten rade werd ondernomen of de dood ten gevolge heeft. Conform de strafverhoging van de WTM wordt ook het misdrijf van het eerste lid met levenslange gevangenisstraf bedreigd wanneer de aanslag werd ondernomen met een terroristisch oogmerk (art. 114a en 120a Sr). Hier treedt dus inderdaad een doublure op die ook feitelijke betekenis kan hebben.

Direct gevolg van deze strafverhoging is dat, opnieuw conform de systematiek van de WTM, de samenspanning tot de misdrijven van het eerste lid te begaan met een terroristisch oogmerk strafbaar is gesteld. De strafbaarstelling van de samenspanning tot de aanslag op het leven van de art. 108 lid 1 en 115 lid 1 Sr te begaan met een terroristisch oogmerk is in het licht van het tweede lid van die bepalingen niet problematisch. Het betreft daarbij steeds de samenspanning tot een terroristisch misdrijf dat terecht (immers niet door doublures) met levenslange gevangenisstraf is bedreigd. Sterker, het betreft zelfs steeds een misdrijf dat reeds voor de inwerkingtreding van de WTM, dus onafhankelijk van de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk, en ongeacht de aanwezigheid van strafverzwarende omstandigheden waarop de samenspanning geen betrekking had met levenslange gevangenisstraf werd bedreigd.<sup>138</sup> Samenspanning tot een aanslag op het leven houdt immers per definitie samenspanning tot een aanslag op het leven die *de dood ten gevolge heeft* in. De kern van een aanslag op het leven is immers nu juist dat die aanslag de dood ten gevolge heeft. Anders dan bij de gemeengevaarlijke misdrijven, waar het gevolg aan ieder opzetvereiste is onttrokken, geldt bij deze aanslagdelicten dat de samenspanning wel degelijk betrekking heeft op het strafverzwarende gevolg. Dat is een direct gevolg van enerzijds het feit dat de aanslag voltooid is zodra een poging wordt ondernomen en anderzijds het feit dat de strafverzwarende omstandigheid niets anders is dan de voltooiing van het delict. De samenspanning heeft vanzelfsprekend altijd betrekking op het voltooid delict.

Het lijkt er overigens op dat ook de andere strafverzwarende omstandigheid van het tweede lid van de art. 108 en 115 Sr steeds in de samenspanning begrepen zal zijn (samenspanning tot misdrijf brengt noodzakelijkerwijs mee dat dit misdrijf met voorbedachten rade zal worden begaan). Omdat de strafverzwarende omstandigheden van het

<sup>138</sup> Daarmee voldoet deze strafbaarstelling aan de twee voorwaarden in abstracto voor strafbaarstelling van samenspanning tot terroristisch misdrijf die in paragraaf 3.3.1.2 werden geformuleerd als alternatief voor de uitgangspunten die de minister dienaangaande had gekozen voor de WTM.

tweede lid van deze bepalingen alternatieve voorwaarden voor het opleggen van levenslange gevangenisstraf zijn, doet het antwoord op de vraag of de aanslag waartoe werd samengespannen per definitie met voorbedachten rade zal worden begaan hier overigens niet ter zake. Dat de samenspanning tot de aanslag op het leven als bedoeld in de art. 108 lid 1 en 115 Sr te begaan met een terroristisch oogmerk strafbaar is gesteld, is dus niet problematisch. Die strafbaarstelling voldoet zelfs aan eisen die de WTM niet stelt maar wel had moeten stellen.

Dat is echter fundamenteel anders voor de samenspanning tot de aanslag op de vrijheid die eveneens genoemd wordt in het eerste lid van de art. 108 en 115 Sr. De strafverzwarende omstandigheden van het tweede lid van deze bepalingen gelden expliciet slechts voor de aanslag op het leven van de daar bedoelde personen. Dat betekent niet slechts dat de samenspanning geen betrekking zal hebben op het intreden van de dood (anders zou immers sprake zijn van samenspanning tot een aanslag op het leven), maar tevens dat het intreden van die dood (als onbedoeld gevolg van die samenspanning) niet leidt tot de mogelijkheid om levenslange gevangenisstraf op te leggen.

Ook de aanwezigheid van voorbedachten rade leidt bij de aanslag op de vrijheid niet tot strafverhoging. De strafbaarheid van de samenspanning tot de aanslag op de vrijheid van de betreffende personen te begaan met een terroristisch oogmerk hangt dus exclusief samen met de verhoging van de sanctienorm die met de inwerkingtreding van de WTM heeft plaatsgevonden voor het geval dat het feit is begaan met een terroristisch oogmerk. Die verhoging van de sanctienorm behelsde evenwel een doublure. Nu de strafbaarstelling van samenspanning in dit geval het directe gevolg is van die doublure had zij niet plaats mogen vinden.

### **De art. 123 en 124 Sr**

Volgens art. 130a Sr wordt de straf die voor de misdrijven van de art. 123 en 124 Sr kan worden opgelegd met de helft verhoogd indien het feit is begaan met een terroristisch oogmerk. Het gaat hier om het door middel van (bedreiging met) geweld een vergadering van de gemeenteraad of provinciale staten uiteenjagen of tot het nemen of niet nemen van enig besluit dwingen dan wel een lid, de voorzitter of een wethouder of gedeputeerde uit die vergadering verwijderen of opzettelijk verhinderen die vergadering bij te wonen of daarin vrij en onbelemmerd zijn plicht te vervullen. Die misdrijven worden met negen jaren gevangenisstraf bedreigd. Indien zo een misdrijf wordt begaan met een terroristisch oogmerk kan sinds de inwerkingtreding van de WTM dus een gevangenisstraf van dertien jaren en zes maanden worden opgelegd.

Hiervoor bleek dat de wetgever deze misdrijven zag als politieke delicten en dat bestraffing wegens deze misdrijven de mogelijkheid om tevens straf op te leggen voor het concrete misdrijf waarin het geweld (of de bedreiging daarmee) heeft bestaan onverlet laat.

In deze gevallen is sprake van een doublure die een substantiële strafverhoging behelst.

### **4.5.2 Betekenis van de WTM voor de delictsom beschrijvingen van de afzonderlijke terroristische misdrijven**

Bij een aantal van de hiervoor besproken misdrijven lijkt in zekere zin het terroristisch (of een vergelijkbaar) oogmerk reeds in de delictsom beschrijving besloten te liggen.



Vraag is dan hoe deze delictsomschrijvingen verstaan moeten worden wanneer daaraan toegevoegd is dat het feit is begaan met een terroristisch oogmerk.

#### 4.5.2.1 De art. 93 en 94 Sr

De strafbaarstellingen van de art. 93 en 94 (en 96 voor zover betrekking hebbend op de art. 93 en 94) Sr lijken in de delictsomschrijving reeds een variant van het terroristisch oogmerk als bestanddeel te kennen. Die misdrijven worden per definitie gepleegd met het oogmerk om fundamentele politieke, constitutionele, economische of sociale structuren van Nederland te vernietigen of ernstig te ontwrichten.

##### Art. 93 Sr

In art. 93 Sr gaat het om de aanslag die wordt ondernomen met het oogmerk om het Rijk onder vreemde heerschappij te brengen of om een deel daarvan af te scheiden. Dat het onder vreemde heerschappij brengen of afscheiden, heeft te gelden als het ernstig ontwrichten of vernietigen van fundamentele constitutionele structuren lijkt evident. Een dergelijke gedraging zal er naar haar aard immers toe leiden dat de Nederlandse Grondwet en wetten in ieder geval op een gedeelte van het Nederlands grondgebied niet meer van toepassing zullen zijn, althans dat de toepasselijkheid daarvan niet langer bepaald wordt door de Grondwet en de daarin aangewezen organen. Beperking van de territoriale gelding van de Nederlandse wetgeving althans de soevereiniteit om over die gelding te beslissen, komt mij voor als een ernstige ontwijking van de Nederlandse fundamentele constitutionele structuren alhoewel de parlementaire stukken bij de WTM daarover geen uitsluitel geven. Anders zal in ieder geval sprake zijn van de verwezenlijking van het oogmerk om een overheid tot enig doen, laten of dulden te dwingen.

Ook in een ander opzicht past het oogmerk van art. 83a Sr naadloos op de delictsomschrijving van art. 93 Sr. Ook voor het misdrijf van art. 93 Sr is noch vereist noch voldoende dat het gevolg (vreemde heerschappij of afscheiding) wordt verwezenlijkt. Net als bij art. 83a Sr gaat het er bij art. 93 Sr om dat de dader de vreemde heerschappij of afscheiding als gevolg van zijn handelen heeft beoogd en gewild. Het lijkt aldus niet mogelijk om het misdrijf van art. 93 Sr te plegen zonder dat daarbij een terroristisch oogmerk aanwezig is.

##### Art. 94 Sr

Hetzelfde, maar dan nog evidentier, geldt voor het misdrijf van art. 94 Sr. Deze delictsomschrijving eist dat de aanslag wordt ondernomen *met het oogmerk om de grondwettige regeringsvorm of de orde van troonopvolging te vernietigen of op onwettige wijze te veranderen*.

In paragraaf 4.4.1.3 werd over dit bestanddeel opgemerkt dat de grondwettige regeringsvorm meer behelst dan alleen de regering. Het gaat om *het bestaan en de werking van alle grondwettelijke staatsorganen die het gehele staatsorganisme betreffen*, dus ook bijvoorbeeld de beide kamers der Staten-Generaal. Vernietigen van de grondwettige regeringsvorm in de zin van deze bepaling houdt in dat de Grondwet geheel terzijde wordt geschoven of opgeheven zodat zelfs de wijze waarop de nieuwe regeringsvorm tot stand wordt gebracht niet meer op de Grondwet steunt. Deze ietwat cryptische formule beperkt de term vernietigen in de zin van art. 94 Sr tot de situatie waarin geregeerd wordt zonder Grondwet. De staatsgreep waarbij een geheel afwijkende vorm

van regering wordt geïntroduceerd kan, zolang er iets van een Grondwet is, niet als vernietigen in de hier bedoelde zin worden aangemerkt.

In paragraaf 4.4.1.3 werd evenwel een grotere ruimte voor de term vernietigen in de zin van deze bepaling bepleit. Dan zou gekozen kunnen worden voor een uitleg van de begrippen *op onrechtmatige wijze veranderen* en *vernietigen* die beter aansluit op het gebruik van de begrippen *vernietigen* en *ernstig ontwrichten* in art. 83a Sr.<sup>139</sup> Bij de orde van troonopvolging is sprake van veranderen indien de volgorde van troonopvolging wordt gewijzigd of een gedeelte ter troonopvolgers geheel wordt uitgesloten. Eerst indien *de bestaande dynastie wordt ontzet en voor haar een nieuwe in de plaats is gesteld*, kan van vernietiging worden gesproken.

Het komt mij voor dat, ongeacht het precieze criterium aan de hand waarvan men veranderen van vernietigen wil onderscheiden, het volstrekt onmogelijk is deze feiten te plegen zonder dat sprake is van het oogmerk om de fundamentele politieke en / of constitutionele structuren van Nederland te vernietigen of ernstig te ontwrichten. Het terroristisch oogmerk was voor de inwerkingtreding van de WTM dus reeds opgenomen in de gewone strafbaarstelling van art. 94 Sr.

### **Doublure geen bezwaar**

Bij de strafbepalingen van de art. 93 en 94 Sr levert deze doublure evenwel geen problemen op. Beide feiten werden reeds voor de inwerkingtreding van de WTM met de hoogste straf die ons recht kent bedreigd. In algemene zin betekent dat dan dat de strafbaarstelling als terroristisch misdrijf slechts dient om de samenspanning tot het betreffende misdrijf met een terroristisch oogmerk strafbaar te stellen en om deelneming aan een organisatie die het plegen van misdrijven (waaronder het betreffende misdrijf) met een terroristisch oogmerk tot oogmerk heeft strafbaar te stellen. In het geval van de art. 93 en 94 Sr was de samenspanning reeds strafbaar gesteld in art. 96 Sr. De strafbaarstelling als terroristisch misdrijf heeft dan slechts betekenis in verband met de toepassing van art. 140 Sr en de toepassing van opsporingsbevoegdheden die mogen worden uitgeoefend *in geval van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf*.<sup>140</sup> Omdat deze misdrijven, in het licht van hun ontstaansgeschiedenis, eigenlijk reeds terroristische misdrijven waren, is het nogal vanzelfsprekend dat zij de in art. 140a Sr bedoelde misdrijven begrepen worden. Tegen de hier geconstateerde tekstuele doublures bestaan dan geen bezwaren. De delictomschrijvingen van deze misdrijven behoeven ook niet anders te worden geïnterpreteerd dan zij hiervoor werden. Deze misdrijven kunnen altijd geacht worden met een terroristisch oogmerk te zijn begaan.

### **4.5.2.2 De art. 95, 95a, 121, 123 en 124 Sr**

De art. 95, 95a, 121, 123 en 124 Sr lijken op het eerste gezicht het terroristisch oogmerk evenzeer per definitie in zich te dragen als de hiervoor besproken bepalingen. Deze bepalingen hebben, zoals hiervoor bleek, een gelijke redactie. Het gaat steeds om door middel van (bedreiging met) geweld de vergadering van een bepaald orgaan uiteenjagen of tot het (niet) nemen van een besluit dwingen, dan wel een lid van dat orgaan uit die vergadering verwijderen of opzettelijk verhinderen die vergadering bij te wonen of daarin vrij en onbelemmerd zijn plicht te vervullen.

<sup>139</sup> Zie daarover paragraaf 2.2.4.

<sup>140</sup> Zie hiervoor de art. 126za tot en met 126zu Sv.

Onderdelen van deze omschrijvingen lijken per definitie de verwezenlijking van *het oogmerk om een overheid wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden* te eisen.

Hieronder zal eerst de relatie tussen de verschillende gedragingen uit de betreffende strafbaarstellingen en het terroristisch oogmerk in art. 83a Sr uiteengezet worden door de vraag te beantwoorden in hoeverre deze gedragingen per definitie plaatsvinden om het terroristisch oogmerk te verwezenlijken. Vervolgens zal uiteengezet worden hoe de interpretatie van deze misdrijven als terroristisch misdrijf, waarvoor vereist is dat deze misdrijven met een terroristisch oogmerk worden begaan, dient plaats te vinden.

### **Vergadering uiteenjagen of dwingen een besluit (niet) te nemen**

Omdat de vergadering van de in de art. 95, 95a, 121, 123 en 124 Sr genoemde organen de vergadering van *een overheid* in de zin van art. 83a Sr oplevert, draagt (de bedreiging met) geweld tegen de vergadering als geheel met een bepaald doel steeds het oogmerk om een overheid te dwingen in zich.

Bij het uiteenjagen wordt de betreffende *overheid* gedwongen om iets niet te doen of te dulden. Het orgaan wordt gedwongen niet te vergaderen of te dulden dat de vergadering geen (verdere) doorgang kan vinden. Het door middel van (bedreiging met) geweld opzettelijk een vergadering van één van deze organen tot het niet nemen van enig besluit dwingen, levert per definitie de verwezenlijking van de tweede variant van het terroristisch oogmerk van art. 83a Sr op.

Toch is het maar de vraag of dit meebrengt dat dit dwingen ook per definitie met een terroristisch oogmerk in de zin van de WTM geschiedt.

Het probleem hangt samen met het feit dat art. 83a Sr de gekwalificeerde opzettelijke *oogmerk* bevat. Dit probleem lijkt evenwel niet onoverkomelijk. De art. 95, 95a, 121, 123 en 124 Sr kennen in tegenstelling tot art. 83a Sr weliswaar niet de eis dat het *oogmerk* van de dader op het dwingen moet zijn gericht, tot een discrepantie tussen beide bepalingen zal dat niet snel leiden. Waaraan zou men immers moeten denken bij het dreigen met of plegen van geweld waarmee de dader willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat hij één van de vergaderingen van de in deze bepalingen genoemde organen dwingt tot het (niet) nemen van een besluit en deze kans op de koop toe heeft genomen? Dat de geweldpleger de kans dat de vergadering uiteengejaagd zou worden voorzien en aanvaard heeft zonder deze te begeren, is wellicht beter denkbaar, maar nog steeds niet erg waarschijnlijk.

Het verschil in redactie is eerder het logische resultaat van de wens van de wetgever om voor voltooiing van het delict van art. 123 Sr te eisen dat het betreffende orgaan ook werkelijk gedwongen is terwijl het terroristisch oogmerk van art. 83a Sr voor een veroordeling wegens terroristisch misdrijf niet verwezenlijkt hoeft te worden. Omdat voor het bestanddeel oogmerk slechts vereist is dat de bedoeling van de dader op het betreffende gevolg is gericht, ligt het gebruik van het bestanddeel opzet(telijk) meer voor de hand. Indien het dwingen niet slaagt zal overigens nog steeds sprake zijn van een strafbare poging. Het feit dat verwezenlijking van het oogmerk voor voltooiing van het delict niet vereist is, brengt dus niet mee dat een bepaling die aanwezigheid

van het oogmerk om te dwingen eist een ruimer toepassingsbereik kent dan een bepaling die eist dat van dwingen sprake is. De plegers van deze misdrijven lijken dus inderdaad per definitie met een terroristisch oogmerk te handelen.

### **Een lid verhinderen of belemmeren**

Bij het door middel van (bedreiging met) geweld één een lid van één van deze organen uit die vergadering verwijderen of beletten daarin aanwezig te zijn of daarin vrij en onbelemmerd zijn plicht te vervullen, is niet uitgesloten dat de dader zonder terroristisch oogmerk handelt. Het enkele lid is niet zonder meer *een overheid* in de zin van art. 83a Sr. Zo kan zeker niet op voorhand worden uitgesloten dat bijvoorbeeld sprake is van rancune bij de dader. Die rancune kan bijvoorbeeld bestaan in een persoonlijke grief tegen één van de leden van de genoemde raden. Alhoewel het misdrijf dan zeer wel tot gevolg kan hebben dat de overheid tot enig doen, nalaten of dulden wordt gedwongen of dat bepaalde fundamentele structuren van Nederland ernstig worden ontwricht, kan niet gezegd worden dat het oogmerk van de dader, in de betekenis die aan die term in art. 83a Sr toekomt, daarop gericht was. Dat lijkt zelfs te gelden indien kan worden vastgesteld dat de dader dit gevolg als noodzakelijke consequentie van zijn handelen heeft voorzien. In paragraaf 2.2.1.1 bleek immers dat aangenomen moet worden dat zekerheidsbewustzijn ten aanzien van de gevolgen waarop het oogmerk van art. 83a Sr moet zijn gericht niet volstaat voor dat oogmerk. Bij deze gedragingen lijkt het dan ook niet zonder meer onredelijk om bij de sanctienormen te onderscheiden tussen het geval dat het betreffende feit met en het geval dat dit feit zonder terroristisch oogmerk werd gepleegd. Alleen wanneer dat oogmerk inderdaad aanwezig is, zo zou kunnen worden volgehouden, zijn de betreffende gedragingen van dezelfde ernst als het dwingen een besluit (niet) te nemen waarbij het terroristisch oogmerk per definitie aanwezig is.

Hiervoor bleek weliswaar dat de verschillende wetgevers die de bepalingen hebben gemaakt tot wat zij nu zijn daarbij juist gedacht hebben aan *politieke misdrijven* die worden begaan door revolutionairen of landverraders (hun handelen is gericht op wat wij vandaag de dag als terroristisch oogmerk in art. 83a Sr hebben opgenomen, daarom was voor strafverhoging geen ruimte meer), de tekst van de wet bevat geen beperking tot politieke misdrijven. De plegers van deze misdrijven handelen dus niet per definitie met een terroristisch oogmerk. Vaak zullen zij dit oogmerk evenwel wel degelijk hebben.

### **Interpretatie delictsomschrijvingen in het licht van de WTM**

Wat betekent nu het voorgaande voor de interpretatie van de misdrijven van de art. 95, 95a, 121, 123 en 124 Sr? Bij de misdrijven die per definitie de verwezenlijking van het terroristisch oogmerk inhouden ontstaat een probleem bij de inpassing van het terroristisch oogmerk in de delictsomschrijving. Dat probleem bestaat er juist in dat verschillende van de bedoelde misdrijven bestaan in de verwezenlijking van het terroristisch oogmerk. Dat is namelijk iets fundamenteel anders dan dat het misdrijf niet anders dan met een terroristisch oogmerk kan worden begaan.

In de systematiek van de WTM gaat de voltooiing van het misdrijf immers steeds aan de verwezenlijking van het terroristisch oogmerk vooraf. Dóór het misdrijf moet (in de ogen van de dader) het oogmerk verwezenlijkt (kunnen) worden. Daarvan is bij-

voorbeeld sprake wanneer de dader de Nederlandse bevolking ernstige vrees wil aanjagen door een gebouw vol met mensen op te blazen. De vrees bij de bevolking is een gevolg van dat misdrijf dat ook in de tijd volgt op dat misdrijf. De verwezenlijking van het oogmerk moet dus een gevolg (kunnen) zijn van het plegen van het misdrijf. In het geval dat de vergadering van een orgaan gedwongen wordt een bepaald besluit (niet) te nemen is het wederrechtelijk dwingen van een overheid mét (in plaats van door) het misdrijf voltooid.<sup>141</sup>

Volledig uitgeschreven eist de WTM dat ten laste wordt gelegd dat *verdachte door geweld of bedreiging met geweld opzettelijk een vergadering van de raad van een gemeente tot het nemen of niet nemen van een besluit dwingt met het oogmerk om een overheid wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden*. Logischerwijs (zowel taalkundig als in de systematiek van de WTM) heeft het dwingen waar het terroristisch oogmerk betrekking op heeft (dat in de fictieve telastlegging als tweede genoemd wordt) dan betrekking op iets anders dan op het besluit waartoe reeds gedwongen is. Het dwingen van art. 83a Sr ziet dus op iets anders dan het dwingen van art. 123 Sr (dat in de fictieve telastlegging als eerste genoemd wordt). De fictieve telastlegging zal dus slechts bewezen verklaard kunnen worden indien kan worden vastgesteld dat de vergadering van een gemeente gedwongen is tot het besluit om de betreffende gemeente (of een andere overheid) tot iets<sup>142</sup> anders, dat op het betreffende besluit moet volgen, te dwingen.<sup>143</sup>

Indien deze lezing juist is, levert dat verschillen op in de sanctienormen die gelden voor de verschillende gedragingen die in de art. 95, 95a, 121 en 123 Sr strafbaar zijn gesteld waarvan sterk betwijfeld kan worden of zij door de wetgever zijn voorzien en beoogd.

Dit kan opnieuw verduidelijkt worden aan de hand van een voorbeeld. Stel, een groepering wil een gemeenteraad verhinderen een bepaald besluit te nemen. Verschillende manieren waarop dit oogmerk verwezenlijkt zou kunnen worden, worden door de leden van de groepering overwogen. Twee van de opties die aan de orde komen zijn strafbaar gesteld in art. 123 Sr. De eerste optie betreft het duidelijk zichtbaar gewapend betreden van de raadszaal om alle leden naar buiten te jagen zodat het besluit niet kan worden genomen. De tweede mogelijkheid betreft het duidelijk zichtbaar gewapend betreden van de raadszaal en eisen dat het betreffende besluit niet wordt genomen. In het eerste geval is sprake door bedreiging met geweld opzettelijk de gemeenteraad uiteenjagen met het oogmerk een overheid wederrechtelijk te dwingen iets niet te

<sup>141</sup> Bij de art. 93 en 94 Sr speelt dit probleem niet. Die misdrijven zijn immers voltooid bij de aanwezigheid van een bepaald oogmerk. Dat oogmerk blijkt bij uitstek geschikt om ingevuld te worden door de bijkomende eis van het terroristisch oogmerk.

<sup>142</sup> Een besluit, een feitelijke handeling of wat dan ook.

<sup>143</sup> Het is uiteraard wel mogelijk om een overheid tot het (niet) nemen van een besluit te dwingen met het oogmerk om de bevolking ernstige vrees aan te jagen of bepaalde fundamentele structuren ernstig te ontwrichten of te vernietigen. Dan volgt de verwezenlijking van het oogmerk wel op en uit het gepleegde misdrijf. Dat was volgens de rechtbank Amsterdam het geval bij de veroordeling van Mohammed Bouyeri. Het door middel van (bedreiging met) geweld Ayaan Hirshi Ali verhinderen vergaderingen van de Tweede Kamer bij te wonen werd bewezen verklaard met zowel het oogmerk om (een deel van) de Nederlandse bevolking ernstige vrees aan te jagen als met het oogmerk om de fundamentele politieke en constitutionele structuren van Nederland ernstig te ontwrichten. Het oogmerk om de overheid wederrechtelijk ergens toe te dwingen was niet ten laste gelegd en werd niet bewezen verklaard.

doen.<sup>144</sup> Volgens art. 130a j° art. 123 j° art. 83a Sr kan dit misdrijf worden bestraft met een gevangenisstraf van dertien jaren en zes maanden. In het tweede geval is gewoon sprake van het door bedreiging met geweld opzettelijk de gemeenteraad tot het niet nemen van enig besluit dwingen. Voor strafverhoging is dan, strikt genomen, geen plaats omdat het oogmerk niet door het misdrijf wordt verwezenlijkt maar de verwezenlijking van dat oogmerk een onlosmakelijk onderdeel is van de voltooiing van het misdrijf. Daarop is volgens art. 123 Sr een gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren gesteld.

In beide gevallen onderneemt de groepering met hetzelfde doel een gewapende actie. In aard en ernst verschillen de onderscheiden acties nauwelijks. In het verleden hebben wetgevers vanwege de vergelijkbaarheid in aard en ernst deze acties dan ook in dezelfde strafbepaling met dezelfde straf bedreigd.

Bij de parlementaire behandeling van de WTM heeft de wetgever op geen enkel moment blijk gegeven van enig besef van het hier beschreven gevolg dat de introductie van het terroristisch oogmerk in art. 83a Sr heeft voor de interne consistentie van de art. 95, 95a, 121, 123 en 124 Sr. Dat brengt mee dat onduidelijkheid bestaat over de visie van de wetgever op de verhouding tussen het dwingen tot het (niet) nemen van een besluit in de art. 95, 95a, 121, 123 en 124 Sr enerzijds en de tweede variant van het terroristisch oogmerk van art. 83a Sr anderzijds. Wellicht dat in de ogen van de wetgever het dwingen waar het oogmerk van art. 83a Sr betrekking op heeft wel degelijk op het zelfde feit of besluit of dezelfde omstandigheid of gedraging kan zien als waar het dwingen van art. 123 Sr betrekking op heeft.

Een aanwijzing voor de juistheid van die uitleg kan mogelijk worden ontleend aan het feit dat in de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van de WTM geen aandacht aan deze problematiek is besteed. Dat kan betekenen dat de wetgever zich van geen probleem bewust is geweest. Dat zou er op kunnen duiden dat de minst problematische interpretatie in de ogen van de wetgever kennelijk de juiste is. Die uitleg lijkt ook het beste te passen bij de ratio van de betreffende strafbepalingen die de verschillende gedragingen even strafbaar achten. Daarmee zou in ieder geval de hiervoor geconstateerde innerlijke tegenstrijdigheid met betrekking tot de verschillende sanctienormen kunnen worden weggenomen. Gevolg van een dergelijke opvatting zou dan zijn dat het uiteenjagen of dwingen een besluit (niet) te nemen in de zin van de art. 95, 95a, 121, 123 en 124 Sr altijd wordt gepleegd met het oogmerk om een overheid wederrechtelijk tot enig doen of niet doen te dwingen. Dat geldt dan niet voor de andere gedragingen die in die bepalingen strafbaar zijn gesteld. De gedragingen die gericht zijn tegen de individuele leden zijn slechts begaan met een terroristisch oogmerk als zij bedoeld zijn om het orgaan waar die leden toe behoren door die gedraging te dwingen.

Deze uitleg levert niet een soortgelijke inconsistentie tussen de sanctienorm voor de verschillende gedragingen op als hiervoor werd geconstateerd bij een 'juiste' toepassing van de art. 83a en 123 Sr. Materieel is er immers weinig af te dingen op de constate-

<sup>144</sup> Hiervoor werd opgemerkt dat het door middel van (bedreiging met) geweld uiteenjagen van een vergadering zelfstandig de verwezenlijking van het terroristisch oogmerk behelst. De juistheid van die stelling laat evenwel onverlet dat de verwezenlijking van dit terroristisch oogmerk in het teken kan staan van de verwezenlijking van een volgend terroristisch oogmerk. Dan bestaat geen bezwaar tegen een veroordeling wegens terroristisch misdrijf.

ring dat het dwingen van de vergadering van één van de in de betreffende bepalingen genoemde organen altijd impliceert dat het oogmerk om een overheid wederrechtelijk te dwingen aanwezig is.<sup>145</sup> Dat geldt, zoals hiervoor bleek, niet zonder meer voor de gedragingen tegen individuele leden die in de betreffende bepalingen strafbaar zijn gesteld.

Omwille van de interne consistentie van sanctienormen en de juiste toepassing van art. 140a Sr lijkt de meest aangewezen interpretatie aldus toch die te zijn waarin het door middel van (bedreiging met) geweld een orgaan dwingen een besluit (niet) te nemen geacht moet worden begaan te zijn met het oogmerk een overheid tot enig doen of nalaten te dwingen indien de dader de bedoeling had dit orgaan tot dat besluit te dwingen. Dat zal wel bijna altijd het geval zijn.

#### 4.5.2.3 De art. 96 en 122 Sr

In het verlengde van de hiervoor besproken bepalingen liggen de art. 96 en 122 Sr. Deze bepalingen stellen de samenspanning tot de aanslagen van de art. 92-94 en het door middel van (bedreiging met) geweld één van de in de art. 95, 95a en 121 Sr genoemde organen tot het (niet) nemen van enig besluit strafbaar. Deze samenspanning levert volgens art. 83 onder 1° Sr een terroristisch misdrijf op wanneer zij is begaan met een terroristisch oogmerk. Deze wijze van aanwijzing als terroristisch misdrijf wijkt af van die van de strafbaarstellingen van samenspanning die met de inwerkingtreding van de WTM in het Wetboek zijn opgenomen. Die laatste strafbaarstellingen zijn opgenomen in art. 83 onder 2° Sr.

Verskil tussen onderdeel 1° en onderdeel 2° van art. 83 Sr is dat onderdeel 1° de eis bevat dat het misdrijf is begaan met een terroristisch oogmerk. Voor de misdrijven van onderdeel 2° was deze eis overbodig omdat de genoemde strafbepalingen zelf de eis van het terroristisch oogmerk bevatten. In de strafbaarstellingen van samenspanning die in onderdeel 2° van art. 83 Sr zijn opgenomen heeft het terroristisch oogmerk dan wel een heel andere rol dan bij de strafbaarstellingen van samenspanning die in onderdeel 1° van die bepaling worden genoemd. Bij wijze van voorbeeld kan in dat verband worden gewezen op art. 176b Sr.<sup>146</sup> Die bepaling stelt een gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren op samenspanning tot bepaalde gemeengevaarlijke misdrijven *te begaan met een terroristisch oogmerk*. Het verschil met de samenspanning als terroristisch misdrijf in onderdeel 1° is dat bij art. 176b Sr het misdrijf waartoe samengespannen wordt, begaan moet gaan worden met een terroristisch oogmerk terwijl art. 83 onderdeel 1° Sr stelt dat de samenspanning zelf met een terroristisch oogmerk moet zijn begaan. Waaraan bij dat laatste moet worden gedacht, is volstrekt duister. Hoe immers kan men met het maken van een afspraak als bedoeld in art. 80 Sr de / een deel der bevolking van een land ernstige vrees aan te jagen, een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk dwingen iets (niet) te doen of te dulden of bepaalde fundamentele structuren van een land of een internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen?<sup>147</sup> Dat het maken van een afspraak daartoe niet leiden kan, zullen

<sup>145</sup> Dat betekent evenwel niet dat ook gesteld kan worden dat *het misdrijf* met dat oogmerk is gepleegd.

<sup>146</sup> De overige strafbaarstellingen van samenspanning in art. 83 onderdeel 2° Sr kennen een identieke redactie.

<sup>147</sup> Een uitzondering betreft het geval waarin het maken van de afspraak door de betrokkenen via televisie of internet aan de wereld wordt getoond om als een soort van bedreiging te functione-

de personen die samenspannen zelf toch ook wel begrijpen. Zij zullen met andere woorden begrijpen dat het maken van de afspraak dan niet tot de verwezenlijking van het oogmerk zal kunnen leiden. Bijgevolg kunnen zij dan niet geacht worden met dat oogmerk die afspraak te hebben gemaakt.

De afspraak had betrekking op het misdrijf en het misdrijf zou vervolgens met een terroristisch oogmerk worden begaan. Om die reden zou het voor de hand liggen de samenspanning met een terroristisch oogmerk uit te leggen als samenspanning tot misdrijf te begaan met een terroristisch oogmerk. Tussen de verschillende strafbaarstellingen van samenspanning tot terroristisch misdrijf bestaat dan geen verschil meer.

#### 4.5.3 De art. 121a, 123a en 124a Sr

Hiervoor in de paragrafen 4.4.4.2 en 4.4.4.4 werd opgemerkt dat de misdrijven van de art. 121a, 123a en 124a Sr niet als terroristisch misdrijf kunnen worden begaan.

De memorie van toelichting verschaft geen duidelijkheid over de redenen om deze bepalingen niet onder de werking van de WTM te brengen. Juist omdat het belang van commissievergaderingen voor de parlementaire praktijk zo sterk is toegenomen, zoals de memorie van toelichting opmerkt<sup>148</sup>, had het voor de hand gelegen ook voor deze bepalingen te voorzien in een strafbaarstelling als terroristisch misdrijf. Dat in de commissies geen formele besluitvorming plaatsvindt, moge reden zijn voor een lagere sanctienorm dan die van art. 121 (respectievelijk van de art. 123 en 124) Sr afdoende verklaring voor het verzuim om het delict van art. 121a (respectievelijk de delicten van de art. 123a en 124a) Sr tevens als terroristisch misdrijf strafbaar te stellen, lijkt die vaststelling niet te kunnen zijn. De formele besluitvorming kan wel degelijk worden beïnvloed door hetgeen besproken wordt in de commissies. Het frustreren van de vergaderingen van die commissies kan derhalve wel degelijk leiden tot de verwezenlijking van het oogmerk om de overheid te verhinderen bepaalde besluiten te nemen of om het functioneren van de parlementaire democratie als zodanig te verhinderen.

De meest waarschijnlijke verklaring voor het onderhavige verzuim lijkt te zijn dat bij het ontwerp van art. 121a (enz.) Sr slechts gelet is op de geldende tekst van art. 121 (enz.) Sr en niet op andere aanhangige wetsvoorstellen. Het wetsvoorstel waar art. 121a (enz.) Sr deel van uitmaakte werd ingediend op 22 juli 2002. Het voorstel voor de WTM was ingediend op 4 juli 2002. De voorbereiding van beide wetsvoorstellen was daarmee kennelijk enerzijds zo zeer gelijktijdig dat het voor de respectieve ontwerpers kennelijk niet mogelijk was rekening te houden met de activiteiten van de ander. Anderzijds lag de behandeling wel kennelijk zo ver uit elkaar dat geen van de met die behandeling belaste personen bij de behandeling van het ene voorstel heeft gedacht aan de mogelijke gevolgen voor het andere voorstel.

---

ren. Het betreft een mogelijkheid van theoretisch belang. Samenspanning zal bijna altijd zo veel mogelijk in het geniep plaatsvinden. De bedoeling is dat burgers en overheid daarvan geen weet hebben. Dat vergroot de kans dat het misdrijf werkelijk kan worden gepleegd. Noodzakelijk gevolg daarvan is dat burgers en overheid door het maken van de afspraak niet zullen worden beïnvloed. In ieder geval zal het oogmerk daarop niet zijn gericht. De parlementaire geschiedenis bevat geen enkele aanwijzing dat de wetgever bij de strafbaarstelling van samenspanning met een terroristisch oogmerk bedoelde deze theoretische mogelijkheid strafbaar te stellen.

<sup>148</sup> TK 2001–2002, 28484, nr. 3, p. 19.



Onvoldoende afstemming van deze beide voorstellen werd in paragraaf 2.1.2.2 reeds geconstateerd ten aanzien van de sanctienormen. Het amendement dat op 7 juni 2004<sup>149</sup> werd ingediend ter verhoging van de maximale duur van de tijdelijke gevangenisstraf negeerde nog het (toekomstig) bestaan van terroristische misdrijven. Deze ommissie werd op 30 juni 2004 in een verbeterde versie van het amendement<sup>150</sup> hersteld. In paragraaf 2.1.2.2 werd eveneens opgemerkt dat een consequente toepassing van de WTM met inachtneming van de wet herijking strafmaxima bij de terroristische misdrijven van art. 83 onder 2° Sr die zonder terroristisch oogmerk met vijftien jaren gevangenisstraf worden bedreigd, had moeten leiden tot een sanctienorm van tweeëntwintig en een half jaar bij aanwezigheid van het terroristisch oogmerk. Ten onrechte worden deze misdrijven bedreigd met levenslange gevangenisstraf. In paragraaf 3.2.4.2 werd uiteengezet hoe de consecutieve inwerkingtreding van de WTM en de Wet herijking strafmaxima tot gevolg heeft gehad dat de voorbereiding van terroristische misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd een lager strafmaximum kent dan de voorbereiding van gewone misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd. Ook ten aanzien van de art. 121a, 123a en 124a Sr lijkt de wetgever de onderlinge verhouding van de WTM en de Wet herijking strafmaxima over het hoofd gezien te hebben.

#### 4.6 Afsluiting

De conclusie kan ten aanzien van de hierboven besproken strafbepalingen geen andere zijn dan dat de mogelijkheid dat de dader zou handelen met wat sedert de inwerkingtreding van de WTM het terroristisch oogmerk heet in de sanctienorm reeds was verdisconteerd. Verdere verhoging van die sanctienorm betekent dan mogelijk dat dit oogmerk twee keer is opgenomen in het toepasselijke strafmaximum. Sterke aanwijzingen voor het feit dat dit inderdaad het geval is, kunnen worden gevonden in de omstandigheden dat in de toelichting bij het wetsvoorstel geen bijzondere aandacht is besteed aan de strafverhoging voor deze misdrijven wanneer zij zijn begaan met een terroristisch oogmerk en dat de automatismen van de generieke strafverhoging van de WTM onverkort van toepassing zijn op deze strafbepalingen. Die omstandigheden zijn niet te rijmen met de (theoretische) mogelijkheid dat de wetgever zich wel bewust was van het feit dat deze strafbaarstellingen reeds een terroristisch element bevatten, maar meende dat gewijzigde opvattingen over de strafwaardigheid van deze (terroristische) misdrijven strafverhoging rechtvaardigden. De strafverhoging zou dan per delict in het bijzonder hebben plaatsgevonden, uitgebreid zijn gemotiveerd en geringer zijn geweest dan voor strafbepalingen waarin het terroristisch oogmerk nog niet was verdisconteerd.

De praktische consequenties van de strafverhoging van de WTM zijn voor de meeste misdrijven van de art. 92-96, 108-110, 115, 116, 121, 122, 123 en 124 Sr gering. In de meeste gevallen heeft de inwerkingtreding van de WTM op de sanctienorm immers geen enkele invloed. De meeste van de betreffende misdrijven werden immers reeds met levenslange gevangenisstraf bedreigd. De strafverhoging lijkt wel betekenis te (kunnen) hebben voor de art. 123 en 124 Sr. De strafverhoging heeft daarenboven tot gevolg dat ten onrechte de samenspanning tot de aanslag op de vrijheid van de in de

<sup>149</sup> TK 2003-2004, 28484, nr.32.

<sup>150</sup> TK 2003-2004, 28484, nr.45.

art. 108 en 115 Sr bedoelde personen te begaan met een terroristisch oogmerk nu strafbaar is gesteld.

De interpretatie van verscheidene van deze misdrijven als terroristische misdrijf is problematisch. Dat houdt verband met het feit dat in sommige gevallen (de verwezenlijking van) een equivalent van één van de varianten van het terroristisch oogmerk reeds in de delictsomschrijving van de betreffende strafbepalingen is opgenomen. Dat leidt dan tot tekstuele dubblures. Hier werd voor deze misdrijven de volgende uitleg voorgestaan. De misdrijven van de art. 93 en 94 Sr worden per definitie begaan met het oogmerk *om de fundamentele politieke of constitutionele van Nederland ernstig te ontwrichten of te vernietigen*. De misdrijven van de art. 95, 95a, 121, 123 en 124 Sr worden steeds met het oogmerk *om een overheid wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden* begaan wanneer de betreffende gedraging tegen het orgaan als geheel wordt begaan. Wanneer de gedraging wordt begaan tegen een enkel lid moet het feit geacht worden begaan te zijn met dit oogmerk wanneer de gedraging erop gericht is het functioneren van het orgaan te beïnvloeden. De varianten van het terroristisch oogmerk die (of waarvan de verwezenlijking) niet reeds als bestanddeel in de betreffende delictsomschrijvingen ligt besloten, leveren geen bijzondere interpretatieproblemen op.

Een ander interpretatieprobleem leveren de strafbaarstellingen van samenspanning die in onderdeel 1° van art. 83 Sr worden genoemd op. Strikt genomen eist die bepalingen dat de betreffende samenspanningen met een terroristisch oogmerk worden begaan. Hier werd een uitleg verdedigd die erop neerkomt dat art. 83 onderdeel 1° Sr eist dat het misdrijf waarop de samenspanning betrekking heeft, begaan zal worden met een terroristisch oogmerk.

Tenslotte werd vastgesteld dat de wetgever, in het licht van de door hem ten onrechte gekozen systematiek van de WTM ten aanzien van de misdrijven die in dit hoofdstuk centraal staan, ten onrechte heeft verzuimd te voorzien in strafbaarstelling van de misdrijven van de art. 121a, 123a en 124a Sr als terroristisch misdrijf wanneer zij zijn begaan met een terroristisch oogmerk.

## 5 Doublures binnen strafbaarstellingen in verband met eerdere strafbepalingen met een internationale oorsprong

In dit onderzoek kwam reeds op verscheidene plaatsen aan de orde dat internationaal terrorisme reeds lang voor 11 september 2001 als een wereldwijd probleem werd gezien. In verschillende gremia zijn al geruime tijd voor de totstandkoming van het EU-Kaderbesluit terrorismebestrijding en de WTM internationale verdragen tot stand gebracht die erop gericht zijn bepaalde aspecten of manifestaties van internationaal terrorisme mondiaal<sup>1</sup> te bestrijden.

### 5.1 Inleiding

De verdragen die in dit hoofdstuk centraal staan, bevatten steeds (onder meer)<sup>2</sup> de verplichting om een bepaalde gedraging strafbaar te stellen. Nederland heeft al deze verdragen geratificeerd en geïmplementeerd.<sup>3</sup> Dat heeft dus geresulteerd in strafbaarstellingen die, zoals hieronder uitgebreider blijken zal, (mede) geschreven zijn voor het geval dat de betreffende misdrijven als terroristische misdrijven<sup>4</sup> begaan zijn. De verplichting tot strafbaarstelling behelst steeds mede de verplichting om de in het betreffende verdrag omschreven gedraging te bedreigen met *passende straffen (...) die rekening houden met de ernst van de feiten*.<sup>5</sup> De uitvoeringswetgeving bij deze Verdragen is tussen 1971<sup>6</sup> en 2001<sup>7</sup> tot stand gekomen.

De strafbaarstellingen waarmee de wetgever uitvoering heeft gegeven aan deze verplichtingen zijn sinds de inwerkingtreding van de WTM bijna allemaal<sup>8</sup> strafbaarstellingen van misdrijven die als terroristisch misdrijf hebben te gelden wanneer zij zijn begaan met een terroristisch oogmerk. Voor zover de toepasselijke sanctienormen daartoe nog ruimte lieten, zijn de straffen die voor deze misdrijven kunnen worden opgelegd, conform de systematiek van de WTM, met de helft verhoogd voor het ge-

---

<sup>1</sup> Regionale Verdragen blijven hier buiten beschouwing. Die hebben overigens voor het onderhavige hoofdstuk ook geen betekenis. Het Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme (Straatsburg, 21 januari 1977, *Trb.* 1977, 63) heeft betrekking op uitlevering en niet op strafbaarstelling. Het Europees Verdrag ter voorkoming van terrorisme (Warschau, 16 mei 2005, *Trb.* 2006, 34) bevat wel verplichtingen tot strafbaarstelling. Dat Verdrag is evenwel nog niet uitgevoerd. Omdat het Verdrag van recenter datum is dan de WTM heeft de WTM ook geen invloed gehad op de uitvoeringswetgeving. Het Verdrag van de Raad van Europa inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagneming en de confiscatie van opbrengsten van misdrijven en de financiering van terrorisme (Warschau, 16 mei 2005, *Trb.* 2006, 104) blijft buiten beschouwing omdat het geen relevante verplichtingen tot strafbaarstelling bevat en van recenter datum is dan de WTM.

<sup>2</sup> Naast verplichtingen met betrekking tot het vestigen van rechtsmacht en wederzijdse rechtshulp in strafzaken (met name uitlevering) die hier verder buiten beschouwing blijven.

<sup>3</sup> Het Internationaal Verdrag ter bestrijding van daden van nucleair terrorisme (New York, 13 april 2005, *Trb.* 2005, 290) is nog niet geïmplementeerd. Dit Verdrag blijft op deze plaats reeds daarom buiten beschouwing omdat het Verdrag van recenter datum is dan de WTM. De WTM kan op de uitvoeringswetgeving van het Verdrag daarom geen invloed gehad kan hebben.

<sup>4</sup> Terroristische misdrijven heeft hier niet de betekenis van art. 83 Sr. Het gaat hier om misdrijven waarmee terrorisme wordt gepleegd, manifestaties van terrorisme derhalve.

<sup>5</sup> Zie onder meer art. 4 onderdeel b van het Internationaal Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme.

<sup>6</sup> Wet van 31 maart 1971, *Stb.* 1971, 166; inwerkingtreding 3 mei 1971.

<sup>7</sup> Wet van 12 december 2001, *Stb.* 2001, 675; inwerkingtreding 1 januari 2002.

<sup>8</sup> Uitgezonderd zijn bepaalde strafbaarstellingen van vernieling. Deze strafbaarstellingen blijven hier verder buiten beschouwing.

val het misdrijf werd begaan met een terroristisch oogmerk. Indien het betreffende misdrijf met vijftien jaren wordt bedreigd, leidt de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk ertoe dat een levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd. Het feit dat het bij deze misdrijven reeds om de strafbaarstelling van terroristische misdrijven ging, brengt mee dat de strafverhogingen van de WTM mogelijk dubblures bevatten.

De verdragen die op hier centraal staan in verband met de verplichting tot strafbaarstelling van terroristische activiteiten zijn<sup>9</sup>: het Verdrag tot bestrijding van het wederrechtelijk in zijn macht brengen van luchtvaartuigen<sup>10</sup>, het Verdrag tot bestrijding van wederrechtelijke gedragingen tegen de veiligheid van de burgerluchtvaart<sup>11</sup>, het Verdrag inzake de voorkoming en bestraffing van misdrijven tegen internationaal beschermde personen, met inbegrip van diplomaten<sup>12</sup>, het Internationaal Verdrag tegen het nemen van gijzelaars<sup>13</sup>, het Verdrag inzake de fysieke beveiliging van kernmateriaal<sup>14</sup>, het Verdrag tot bestrijding van wederrechtelijke gedragingen gericht tegen de veiligheid van de zeevaart<sup>15</sup>, het Verdrag inzake de bestrijding van terroristische bomaanslagen<sup>16</sup> en het Internationaal Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme<sup>17</sup>. Daarenboven gaat het om het Protocol tot bestrijding van wederrechtelijke daden van geweld op luchthavens voor de burgerluchtvaart bij het Verdrag tot bestrijding van wederrechtelijke gedragingen tegen de veiligheid van de burgerluchtvaart<sup>18</sup> en het Protocol tot bestrijding van wederrechtelijke gedragingen gericht tegen de veiligheid van vaste platforms op het continentaal plat<sup>19</sup>.

Het Verdrag inzake het merken van kneedspringstoffen ten behoeve van de opsporing ervan<sup>20</sup> blijft hier buiten beschouwing. De strafbepalingen<sup>21</sup> waarmee uitvoering van dit Verdrag, dat naar aanleiding van de aanslag op Pan Am vlucht 103 op 21 december 1988 boven Lockerbie waarbij tweehonderdzeventig mensen omkwamen<sup>22</sup> tot stand kwam, uitvoering is gegeven, bevatten geen misdrijven die als terroristisch misdrijf in de zin van art. 83 Sr kunnen worden begaan.

Een alomvattende bespreking van de totstandkoming van alle verdragen, de verplichtingen die daaruit voortvloeien, de naar aanleiding van die verplichtingen tot stand gekomen uitvoeringswetgeving en de invloed van de inwerkingtreding van de WTM op de strafbepalingen die deel uitmaakten van die uitvoeringswetgeving zou het bestek

<sup>9</sup> Zie over deze verdragen en over de ontwikkeling van het begrip terrorisme binnen de VN: M. Halberstam, *The Evolution of the United Nations Position on Terrorism: From Exempting National Liberation Movements to Criminalizing Terrorism Wherever and by Whomever Committed*, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2003, 41, p. 573-584.

<sup>10</sup> Den-Haag, 16 december 1970, Trb. 1971, 50.

<sup>11</sup> Montreal, 26 januari 1971, Trb. 1971, 218.

<sup>12</sup> New York, 14 december 1973, Trb. 1981, 69.

<sup>13</sup> New York, 18 december 1979, Trb. 1981, 53.

<sup>14</sup> Wenen, 3 maart 1980, Trb. 1980, 166.

<sup>15</sup> Rome, 10 maart 1988, Trb. 1988, 17.

<sup>16</sup> New York, 12 januari 1998, Trb. 1998, 84.

<sup>17</sup> New York, 9 december 1999, Trb. 2000, 12.

<sup>18</sup> Montreal, 24 februari 1988, Trb. 1988, 88.

<sup>19</sup> Rome, 10 maart 1988, Trb. 1989, 18.

<sup>20</sup> Montreal, 1 maart 1991, Trb. 1991, 127.

<sup>21</sup> Art. 8 Wet inzake het merken van kneedspringstoffen (Wet van 26 februari 1998 tot uitvoering van het op 1 maart 1991 te Montreal tot stand gekomen Verdrag inzake het merken van kneedspringstoffen ten behoeve van de opsporing ervan, Stb. 1998, 129)

<sup>22</sup> Daarmee is deze terroristische aanslag nog altijd die met het meeste dodelijke slachtoffers in Europa.

van dit onderzoek te buiten gaan. Een dergelijke bespreking zou een te groot aantal pagina's beslaan, veel herhalingen bevatten en noodzakelijkerwijs tot verdieping leiden in materie die de aandacht te zeer afleidt van het centrale onderzoeksobject van deze studie. De noodzakelijke voorstudie voor een dergelijke bespreking heb ik wel verricht.<sup>23</sup> Op deze plaats zou daarvan een samenvatting kunnen worden gegeven. Een dergelijke samenvatting zou mank kunnen gaan aan een gebrekkige wetenschappelijke verantwoording van de gepresenteerde resultaten. Om die reden geef ik er op deze plaats de voorkeur aan om de duidelijkste en meest opmerkelijke voorbeelden van doublures in de betreffende strafbaarstellingen, bij wijze van illustratie, uitgebreider aan de orde te stellen en de overige verdragen zeer summier te bespreken.

Bij de verdragen die hieronder aan de orde komen, zal allereerst de context worden beschreven waarin het verdrag in kwestie tot stand kwam. Die context kan duidelijk maken dat de ontwerpers van het verdrag hetzelfde fenomeen wilde bestrijden als de WTM met strafverhoging bedreigt. Vervolgens zal aandacht worden besteed aan de verplichtingen die het verdrag bevat. De nadruk zal daarbij niet liggen op de precieze nuances van de verplichting maar op het leggen van een relatie tussen de gedragingen waarop het verdrag ziet en de context waarbinnen het verdrag ontstaan is. Daarna zal de (totstandkoming van de) Nederlandse uitvoeringswetgeving aan de orde komen. Bijzondere aandacht zal daarbij uitgaan naar aanwijzingen die erop duiden dat de wetgever bij de vaststelling van de strafbaarstellingen waartoe het Verdrag verplicht, het oog heeft gehad op terroristische misdrijven. In de regel zal daarbij aan de mate waarin aan de verplichtingen die uit het verdrag voortvloeien geen bijzondere aandacht worden besteed. Tenslotte zal de invloed die de WTM op de betreffende strafbaarstellingen heeft gehad worden besproken.

Allereerst zullen op deze wijze de verdragen die betrekking hebben op de veiligheid van de burgerluchtvaart besproken worden. Vervolgens komt het Internationaal Verdrag tegen het nemen van gijzelaars aan de orde. Tenslotte zal aandacht worden besteed aan het Verdrag inzake de voorkoming en bestraffing van misdrijven tegen internationaal beschermde personen, met inbegrip van diplomaten.

## **5.2 Verdragen ter bescherming van de veiligheid van de burgerluchtvaart**

Lang voordat in december 1988 Pan Am vlucht 103 boven Lockerbie wordt opgeblazen, is er al een tamelijk uitgebreid internationaalrechtelijk regime aangaande misdrijven aan boord van en tegen luchtvaartuigen. Deze misdrijven komen dan al geruime tijd voor. De eerste vliegtuigkaping vond plaats in 1931. Een Amerikaans postvliegtuig wordt gekaapt door Peruviaanse revolutionairen. Hiermee is het fenomeen luchtvaartkaping ongeveer even oud als de commerciële luchtvaart. In de eerste decennia daarna blijven luchtvaartkapingen echter zeldzaam. Eind vijftiger jaren wordt een Cubaans vliegtuig gekaapt. De piloten worden gedwongen in de Verenigde Staten te landen. De kapers worden als helden binnen gehaald en het vliegtuig wordt verkocht. De opbrengst wordt verdeeld onder schuldeisers van Cuba, met name Amerikaanse bedrijven die hun Cubaanse bezittingen aan de staat zijn kwijtgeraakt. Andersom gaan ook gekaapte Amerikaanse toestellen naar Cuba. De kapers zijn daarbij steeds in de VS woonachtige Cubanen met heimwee die door de embargo's van de VS niet terug kunnen.

---

<sup>23</sup> Zie daarvoor [www.vooronderzoek-lintz.nl](http://www.vooronderzoek-lintz.nl).

Geen van deze gebeurtenissen werd of wordt werkelijk beschouwd als terrorisme. De eerste kaping die als zodanig wordt gekwalificeerd vond plaats in 1968. Vrij algemeen wordt deze kaping zelfs gezien als het begin van het moderne internationaal terrorisme.<sup>23</sup> Dat gebeurt overigens wel in zekere zin met een zekere terugwerkende kracht. In parlementaire stukken raakt de term terrorisme eigenlijk pas na het drama in München van 1972 in zwang. Dat is ook het moment dat de Algemene Vergadering het probleem terrorisme onder die noemer te lijf gaat. Dat neemt echter niet weg dat de verdragen van na 1968 maar voor 1972 wel degelijk als verdragen ter bestrijding van terrorisme kunnen worden aangemerkt. Vanuit dit perspectief kan echter wel worden betwijfeld of het Verdrag inzake strafbare feiten en bepaalde andere handelingen begaan aan boord van luchtvaartuigen van 1963 (Verdrag van Tokyo)<sup>24</sup> eigenlijk wel als terrorismeverdrag moet worden aangemerkt.<sup>25</sup>

De Verdragen die in deze paragraaf aan de orde komen zijn tot stand gebracht in de ICAO.<sup>26</sup> Dit is een zogenaamde *specialized agency* (autonome organisatie die door middel van het administratieve apparaat van de Economische en Sociale Raad (EcoSoC) nauw samenwerkt met de VN).

## 5.2.1 De relevante context

In de periode 1976–1996 vonden honderdvijfentachtig vliegtuigkapingen door leden van terroristische groeperingen plaats. Het grootste gedeelte daarvan (vijfennegentig) werd gepleegd tussen 1967 en 1976.<sup>27</sup>

### 5.2.1.1 Kapingen

Op 23 juli 1968 kaperen drie bewapende leden van het Popular Front for the Liberation of Palestine (PFLP) een El Al vliegtuig onderweg van Rome naar Tel Aviv. Het toestel zet daarop koers naar Algiers. De keuze voor Algerije hield verband met de steun van dat land voor de Palestijnse zaak en de aantrekkelijke geografische ligging ver van Israël en dus buiten het bereik van militaire acties. Zowel de kapers als de gegijzelde bemanning en passagiers worden door de autoriteiten aangehouden. Na enkele weken onderhandelen worden de tweëndertig gijzelaars in ruil voor de vrijlating van zestien Palestijnen die in Israël gevangen zitten vrijgelaten. Ook de gijzelnemers worden snel vrijgelaten.

Volgens Bruce Hofman verschilt deze kaping van alle kapingen die de wereld tot dan toe had gezien. Het nieuwe aan deze kaping was dat het een expliciete politieke daad betrof. Voor het eerst werden passagiers gebruikt als ruilobject. De keuze voor de luchtvaartmaatschappij was niet willekeurig, maar had grote symbolische waarde. Israël had gezien de op het spel staande belangen weinig andere keuze dan met de kapers te onderhandelen, hetgeen de facto een erkenning van hun organisatie als gesprekspartner inhield. Daarnaast ontdekten terroristen dat ze grote media-aandacht konden genere-

<sup>23</sup> Guelke, *The age of terrorism and the international political system*, o.c., p. 49, 164; Hoffman, *Inside terrorism*, o.c., p. 67.

<sup>24</sup> Tokyo, 14 september 1963; Trb. 1964, 115.

<sup>25</sup> De VN en de wetgever doen dit wel; *Legislative Guide to the Universal Anti-Terrorism Conventions and Protocols*, Prepared by the United Nations Office on Drugs and Crime, New York, 2003; TK 2001–2002, 28029 (R 1700), nr. 3, p. 2.

<sup>26</sup> *International Civil Aviation Organization*.

<sup>27</sup> A. Merari, *Attacks On Civil Aviation: Trends and Lessons*, in Wilkinson and Jenkins (eds.), *Aviation Terrorism and Security*, o.c., p. 13.

ren.<sup>28</sup> Naast de media-aandacht moet ook de vrijlating van de zestien Palestijnen als een overwinning voor de kapers worden beschouwd. Dat deze actie navolging zou krijgen, liet zich dan ook raden.

In de daarop volgende jaren neemt het aantal luchtvaartkapingen een grote vlucht. Waar in de periode 1947-1966 in totaal vierenvijftig luchtvaartuigen werden gekaapt, ligt dit aantal voor de periode 1967-1986 op zeshonderdvijfentachtig.<sup>29</sup> Enkele van deze kapingen trokken wereldwijde aandacht. Met name de bijna gelijktijdige kaping van vier vliegtuigen in september 1970 zorgde voor veel beroering.

Op 6 september 1970 worden drie vliegtuigen bijna gelijktijdig gekaapt door leden van het PFLP. Een Boeing 707 van TWA met honderdéénenvijftig inzittenden die was vertrokken van Frankfurt en een DC-8 van Swissair met honderdvijfenvijftig inzittenden die was vertrokken van Zürich worden naar een oude Engelse landingsbaan in Jordanië, Dawson Field, gedwongen. Het derde toestel, een Boeing 747 van Pan Am die na een tussenstop vertrokken was van Schiphol, blijkt te groot om daar te landen. Het komt na een tussenstop uiteindelijk terecht in Caïro. Daar wordt het vliegtuig door de kapers ontruimd en uiteindelijk opgeblazen.

Eigenlijk was het plan dat de kapers van dit laatste toestel meereisden met een ander toestel, te weten een Boeing 707 van El Al die met een tussenstop in Amsterdam van Tel Aviv naar New York vloog. Zij slaagden er echter niet in om aan boord te komen.

Twee andere kapers waren wel aan boord van de Boeing van El Al. Het ging om de Amerikaan Patrick Arguello en de Palestijnse Leila Khaled. Hun poging werd echter verijdeld. Arguello werd door een Israëlische 'air-marshall' doodgeschoten. Khaled kon door mannelijke passagiers worden overmeesterd. De Boeing landde op London Heathrow. Daar werd Leila Khaled overgedragen aan de Engelse autoriteiten. De dag erop werd ook nog een DC 10 van BOAC (British Overseas Airways Corporation) die van Bombay naar Beiroet was vertrokken, gekaapt en naar Dawson Field gebracht.

In de onderhandelingen die volgden bleek de vrijlating van Khaled een essentiële voorwaarden voor de totstandkoming van een overeenkomst met het PFLP. De Britse regering zag zich voor een moeilijk dilemma geplaatst. Een bevrijdingsactie zou genoemd zijn te mislukken. De keuze betrof dus toegeven aan de gijzelnemers of het verlies van onderdanen. Enerzijds waren piloten, luchtvaartmaatschappijen en Israël fel gekant tegen het zwichten voor chantage. Anderzijds was het voor de Britten aantrekkelijk om verlost te zijn van Khaled. Zij hadden weinig belang bij vervolging, berechting en eventueel veroordeling van een persoon die met haar misdrijven toch vooral de Israëlische rechtsorde had geschokt. Dat wordt dan een langdurige, lastige en dure procedure die omgeven is met allerlei veiligheidsrisico's, waarbij ook nog eens de hele wereld meekijkt. Een veroordeling brengt ook nog eens het risico met zich mee dat toekomstige aanslagen zich meer dan tevoren zullen richten tegen Britse belangen of onderdanen. Vrijlating zou vooral een probleem zijn voor Israël. Het Verenigd Koninkrijk zou waarschijnlijk weinig last meer van haar hebben.

Tijdens de onderhandelingen werden zonder tegenprestatie gijzelaars, met name vrouwen en kinderen, vrijgelaten. De gijzelnemers begonnen door het aanhoudende

<sup>28</sup> Hoffman, *Inside terrorism*, o.c., p. 67, 68.

<sup>29</sup> Merari, *Attacks On Civil Aviation: Trends and Lessons*, o.c., p. 12; slechts een gedeelte hiervan wordt als terroristische kaping geteld.

dralen van de Britse regering echter hun geduld te verliezen. Op 12 september blazen ze demonstratief de lege vliegtuigen op om te bewijzen dat het hen ernst is. De volgende dag gaan de Engelsen overstag. Naast Khaled worden ook nog andere PFLP-leden, die in Duitsland en Zwitserland vast zaten, vrijgelaten.

Deze kaping en gijzeling was overigens voor Koning Hussein van Jordanië de druppel. De PLO had haar hoofdkwartier in Jordanië en heerste in delen van het land waar veel Palestijnse vluchtelingen woonden. Na de gebeurtenissen op Dawson Field wilde Hussein van de Palestijnen af. Er braken gevechten uit tussen Palestijnse strijders en het Jordanese leger. Uiteindelijk moest zelfs de Israëlische luchtmacht voorkomen dat Syrische troepen aan de zijde van de Palestijnen zouden strijden. Uiteindelijk werden de Palestijnen verslagen waarna de PLO naar Beiroet verhuisde. September 1970 zou bekend worden als zwarte september. Leden van een groepering met dezelfde naam zouden twee jaar later met hun optreden tijdens de Olympische spelen in München bewerkstelligen dat terrorisme als voorwerp van blijvende aandacht op de agenda van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties werd geplaatst.

Naar aanleiding van de sterke toename van het aantal (terroristische) luchtvaartkapingen komt op 16 december 1970 het Verdrag tegen het kapen van luchtvaartuigen (Verdrag van Den Haag) tot stand.

#### **5.2.1.2 Geweld tegen luchtvaartuigen en op luchthavens**

Niet alleen kapingen, maar ook aanslagen op luchtvaartuigen en luchthavens zijn sinds het eind van de zestigerjaren van de twintigste eeuw een serieus probleem. Het aantal bomaanslagen tegen luchtvaartuigen bedraagt over de periode 1969–1999 tenminste zeventig maar waarschijnlijk meer.<sup>30</sup> In de periode 1967–1996 zijn er vijfentwintig gewapende aanvallen tegen luchtvaartuigen. In dezelfde periode zijn er honderdnegen-tien aanslagen op luchthavens.<sup>31</sup>

Zo beschoten twee Palestijnse leden van het PFLP op 26 december 1968 op het vliegveld van Athene een vliegtuig van El Al. Hierbij kwam een passagier om het leven en raakte een stewardess ernstig gewond. De schutters werden aangehouden en tot lange straffen veroordeeld. Omdat vast stond dat de schutters vanuit Beiroet naar Griekenland gereisd waren, vermoedde Israël betrokkenheid van Libanon. Daarop vernietigden Israëlische troepen dertien vliegtuigen op het vliegveld van Beiroet.

Op 27 november 1969 werd bij een aanval met een handgranaat op het kantoor van El Al in Athene een kind gedood, dertien mensen raakten gewond. Twee Jordaniërs werden veroordeeld tot respectievelijk acht en elf jaren gevangenisstraf. De daders van beide laatstgenoemde aanslagen werden in 1970 echter al weer vrijgelaten. Op 22 juli van dat jaar werd een toestel van Olympic Airways gekaapt. De vrijlating geschiedde als tegenprestatie voor de vrijlating van de passagiers van het gekaapte vliegtuig.

Op 10 februari 1970 vielen leden van het PFLP op het vliegveld van München met vuurwapens en handgranaten een bus met El Al passagiers aan. Eén passagier overleed.

<sup>30</sup> B.M. Jenkins, *Aircraft Sabotage*, in Wilkinson, Jenkins (eds.), *Aviation terrorism and security*, o.c., p. 50; Merari, *Attacks on civil aviation: trends and lessons*, o.c., p. 13.

<sup>31</sup> Merari, *Attacks on civil aviation: trends and lessons*, o.c., p. 12, 13.



Elf anderen raakten gewond. De drie schutters werden ter plaatse aangehouden.

Op 27 december 1985 werden bijna gelijktijdig wachtenden bij de incheckbalies van El Al in Rome en Wenen onder vuur genomen. De schutters waren leden van de Abu Nidal Organisatie (genoemd naar haar leider die zich afkeerde van de PLO toen deze organisatie het streven om Israël te vernietigen liet varen). In Rome kwamen dertien mensen, waaronder drie van de vier schutters (de vierde kon worden aangehouden), om en raakten meer dan honderd mensen gewond. In Wenen werden drie mensen gedood en dertig verwond, voordat de Oostenrijkse politie één van de aanvallers dood schoot en de andere twee kon aanhouden.

Naast het Verdrag tegen het kapen van luchtvaartuigen komen naar aanleiding van deze, en vele soortgelijke incidenten, in 1971 respectievelijk 1988 het Verdrag tegen luchtvaartsabotage (Verdrag van Montreal) en, als aanvulling op dit laatste verdrag het Protocol voor de bestrijding van geweld op luchthavens tot stand (Protocol van Montreal). Daarmee zijn er in totaal vier mondiale instrumenten die verschillende vormen van geweld tegen de burgerluchtvaart beogen tegen te gaan.

## 5.2.2 Verdragsverplichtingen en Nederlandse strafbaarstellingen

Hieronder zal worden aangegeven tot strafbaarstelling van welke gedragingen de verdragen en het Protocol verplichten. Vervolgens zal uiteengezet worden in welke strafbepalingen de Nederlandse uitvoeringswetgeving haar beslag heeft gekregen.

### 5.2.2.1 Verplichtingen tot strafbaarstelling uit het Verdrag van Den Haag

Het Verdrag van Den Haag omschrijft in art. 1 vliegtuigkaping als het aan boord van een luchtvaartuig in vlucht dat luchtvaartuig wederrechtelijk door geweld, bedreiging met geweld of enige andere vorm van vreesaanjaging in zijn macht brengen of controle daarover uitoefenen. Het Verdrag gebruikt daarvoor overigens niet het woord vliegtuigkaping, maar spreekt van *het strafbare feit*. Onder die omschrijving vallen dan ook de poging daartoe (onderdeel a), de medeplichtigheid daarbij (onderdeel b) en de medeplichtigheid bij poging daartoe (onderdeel b).

Art. 2 Verdrag verplicht partijen bij het Verdrag ertoe deze handelingen strafbaar te stellen en met een hoge straf te bedreigen. Uit de redactie van art. 1 Verdrag volgt dat de beperkingen *aan boord van een luchtvaartuig* en *in vlucht* op al deze handelingen betrekking hebben. Op de medeplichtige op de grond is het Verdrag dus niet van toepassing. Dat is overigens een bewuste keuze geweest. Volgens Mok is *het element van beveiliging van de internationale luchtvaart in dergelijke gevallen te zwak (...) om de staten te verplichten hiervoor internationale verplichtingen aan te gaan*. De medeplichtige op de grond zou niet vrijuit moeten gaan maar zijn berechting en bestraffing is een nationale aangelegenheid.<sup>32</sup> Wat precies verstaan moet worden onder *het element van beveiliging van de internationale luchtvaart* is niet geheel duidelijk.

De handelingen van de medeplichtige op de grond onderscheiden zich veelal in twee opzichten van die van de plegers en medeplichtigen aan boord van het toestel. Allereerst is de betrokkenheid bij de eigenlijke kaping veelal 'losser'. Door hun fysieke af-

<sup>32</sup> M.R. Mok, De Haagse Conventie van 16 december 1970 ter bestrijding van het kapen van luchtvaartuigen, NJB 1971, aflevering 11, p. 283.

stand tot de plaats delict is hun fysieke bijdrage aan dat delict ten tijde ervan per definitie beperkt. Bij hun bijdrage moeten we toch denken aan bijvoorbeeld wapens aan boord van het toestel brengen voor de kaping, advies geven tijdens de kaping of het betaalde losgeld of vrijgelaten gevangenen ophalen aan het einde ervan. Aan het eigenlijke grijpen van de macht aan boord nemen zij in deze gevallen niet deel. Daarnaast spelen bij deze personen bepaalde problemen rond rechtsmacht, vervolging berechting en strafexecutie niet in dezelfde mate als bij de personen aan boord. De gedragingen van de eigenlijke kapers kunnen zich makkelijk boven het grondgebied van meerdere staten of juist boven niemandsland (de open zee) afspelen. Daarnaast kunnen zij zich snel over het grondgebied van een staat verplaatsen naar een andere staat. Ze beschikken immers voor de duur van de kaping over een vliegtuig. Hun optreden heeft daardoor een internationale dimensie die noopt tot een internationale aanpak.

Voor de medeplichtige op de grond ligt dit anders. Waar hij zijn handelingen verricht heeft, is duidelijk, althans niet minder duidelijk dan dat bij ieder ander feit zou zijn. Als volgens het recht van de staat waar de medeplichtige het zijne deed medeplichtigheid een eigen plaats en tijd kent, bestaan er ten aanzien van de vervolging en berechting van deze handelingen geen bijzondere problemen.<sup>33</sup> Dat geldt ook voor de mobiliteit van deze medeplichtige. Het is voor hem niet gemakkelijker of moeilijker om naar een andere staat te vluchten dan voor iedere andere verdachte van om het even welk feit. Deze omstandigheden zijn mogelijk redengevend geweest voor de keuze om de medeplichtige op de grond buiten de werkingsfeer van het Verdrag te houden.

Overigens hebben verschillende delegaties, waaronder de Nederlandse, pogingen ondernomen om de beperkingen aan boord en in vlucht uit de Verdragstekst te verwijderen, evenwel zonder succes.<sup>34</sup>

### 5.2.2.2 Verplichtingen tot strafbaarstelling uit het Verdrag van Montreal

Art. 1 lid 1 van het Verdrag van Montreal somt een vijftal gedragingen op dat als strafbaar feit geldt in de zin van het Verdrag. Het Verdrag maakt daarbij een onderscheid tussen luchtvaartuigen in vlucht en luchtvaartuigen in bedrijf.

In navolging van het Verdrag van Den Haag is een luchtvaartuig volgens het Verdrag van Montreal ‘in vlucht’ vanaf het moment dat de deuren gesloten zijn na het aan boord gaan tot het openen van de deuren om van boord te gaan. In geval van een gedwongen landing wordt de vlucht geacht voort te duren tot de bevoegde autoriteiten de verantwoordelijkheid voor het toestel en personen en goederen aan boord overnemen. Een luchtvaartuig is ‘in bedrijf’ vanaf het moment dat het grondpersoneel of de bemanning begint met het treffen van de voorbereidingen van een bepaalde vlucht tot 24 uur na de landing. Daarbij maakt het niet uit of het gaat om de geplande landing of om een gedwongen landing. Dan kan het dus voorkomen dat het vliegtuig 24 uur na een gedwongen landing nog steeds geacht moet worden ‘in vlucht’ te zijn. Het toestel is dan ook nog in bedrijf omdat het Verdrag tevens bepaalt dat het luchtvaartuig in ieder geval zolang het ‘in vlucht’ is tevens ‘in bedrijf’ is.

<sup>33</sup> Volgens HR 18 februari 1997, DD 1997.170 geldt als tijd en plaats van de medeplichtigheidshandelingen zowel de plaats waar die handelingen werden verricht als de plaats waar het misdrijf werd gepleegd.

<sup>34</sup> Mok, De Haagse Conventie van 16 december 1970 ter bestrijding van het kapen van luchtvaartuigen, o.c., p. 283.

Slechts voor één van de gedragingen die in het Verdrag worden opgesomd, geldt de eis dat zij begaan is aan boord van (of tenminste tegen) een vliegtuig ‘in vlucht’. Het gaat om een daad van geweld tegen een persoon aan boord van een vliegtuig in vlucht, indien die daad waarschijnlijk de veiligheid van dat toestel in gevaar brengt (a).<sup>35</sup>

Twee gedragingen zijn gericht tegen het luchtvaartuig ‘in bedrijf’. Het gaat in de eerste plaats om het vernietigen van een luchtvaartuig in bedrijf of het zodanig beschadigen daarvan dat het niet langer geschikt is om te vliegen, dan wel dat waarschijnlijk de veiligheid in vlucht in gevaar wordt gebracht (b). Daarnaast betreft het de plaatsing van een voorwerp of vloeistof in een vliegtuig in bedrijf dat / die geschikt is om het toestel te vernietigen of het zodanig te beschadigen dat het niet langer geschikt is om te vliegen, dan wel dat waarschijnlijk de veiligheid daarvan in vlucht in gevaar wordt gebracht (c). Onderdeel c heeft overigens weinig of geen zelfstandige betekenis meer naast onderdeel b. De in onderdeel c omschreven gedraging zal immers steeds tenminste poging tot de in onderdeel b omschreven gedraging opleveren. Dat gebrek aan zelfstandige betekenis is een gevolg van wijzigingen die tijdens de onderhandelingen over het Verdrag op het ontwerp zijn aangebracht. In het oorspronkelijke ontwerp had onderdeel c een ruimer bereik. Ook indien het luchtvaartuig ten tijde van het plaatsen van het voorwerp of de substantie niet in bedrijf was, zou deze gedraging onder de werking van het Verdrag vallen. Dat was niet voor alle partijen aanvaardbaar. Het uiteindelijke compromis heeft onderdeel c echter van alle meerwaarde ontdaan.<sup>36</sup>

De laatste twee gedragingen zijn indirect tegen luchtvaartuigen gericht. Het gaat dan om het vernietigen of beschadigen van hulpmiddelen ten behoeve van de luchtvaart of het hinderen van de werking daarvan, als hierdoor waarschijnlijk gevaar ontstaat voor een vliegtuig in vlucht (d)<sup>37</sup> en om het opzettelijk doorgeven van onjuiste informatie waardoor de veiligheid van een luchtvaartuig in vlucht in gevaar wordt gebracht (e). Het tweede lid geeft aan dat ook de poging tot (a) en medeplichtigheid aan (b) deze gedragingen strafbare feiten in de zin van het Verdrag zijn. Art. 3 geeft aan dat de strafbare feiten van art. 1 met zware straffen bedreigd moeten worden.

### 5.2.2.3 Verplichtingen tot strafbaarstelling uit het Protocol van Montreal

De Verdragen Den Haag en Montreal hebben slechts betrekking op gedragingen die direct of indirect gericht zijn tegen luchtvaartuigen in vlucht. Hierboven werd tevens gerefereerd aan incidenten op luchthavens die op geen enkele wijze aan de veiligheid van de eigenlijke luchtvaart raakten, met als triest dieptepunt de gelijktijdige schietpartijen in Rome en Wenen in 1985.

Om het luchtvaartregime voor dit soort gevallen uit te breiden naar luchthavens komt op 24 februari 1988 het Protocol van Montreal tot stand. Het Protocol vult het Verdrag van Montreal aan. Artikel II lid 1 bepaalt dat aan art. 1 van het Verdrag van Montreal een nieuw lid 1bis wordt toegevoegd. Dit lid omschrijft twee nieuwe strafbare

<sup>35</sup> De Nederlandse tekst van dit onderdeel van het Verdrag luidt: *indien deze daad naar haar aard de veiligheid van dat luchtvaartuig in gevaar brengt*. Dat drukt echter onvoldoende uit dat een zekere waarschijnlijkheid dat gevaar ontstaat reeds volstaat door het woord *likely*. In de uitvoeringswetgeving komt dit wel voldoende tot uitdrukking door het gebruik van het woord *duchten*.

<sup>36</sup> M.R. Mok, *De strijd tegen de luchtpiraterij* (I), NJB 1973, aflevering 27, p. 843, 844.

<sup>37</sup> De Nederlandse vertaling spreekt er bij de onderdelen b, c en d van *dat zijn veiligheid tijdens de vlucht in gevaar wordt gebracht*. Ook hier ontbreekt een vertaling van het woord *likely*. Ook hier is de uitvoeringswetgeving wel in overeenstemming met het Verdrag.

feiten. Het eerste strafbaar feit is een daad van geweld tegen een persoon op een luchthaven voor de internationale burgerluchtvaart die de dood of zwaar lichamelijk letsel veroorzaakt of dit waarschijnlijk veroorzaakt (a). Het tweede feit betreft de vernieling of ernstige beschadiging van de voorzieningen van een vliegveld voor de burgerluchtvaart of van een luchtvaartuig buiten bedrijf dat op een zodanige luchthaven aanwezig is, dan wel het verstoren van de diensten op die luchthaven als deze daad de veiligheid op deze luchthaven (waarschijnlijk) in gevaar brengt (b).<sup>38</sup> De aanhef van het nieuwe lid eist dat de onder a en b omschreven gedragingen opzettelijk en wederrechtelijk verricht worden. De wijze waarop deze gedragingen verder worden gesteld is niet relevant. Er is sprake van een strafbaar feit ongeacht de gebruikte voorwerpen, substanties of wapens. In het tweede lid onder a van het Verdrag wordt een verwijzing naar lid 1bis opgenomen. Daarmee is wordt dus ook de poging tot deze gedragingen tot strafbaar feit bestempeld. In onderdeel b ontbreekt deze verwijzing. Medeplichtigheid aan de nieuwe strafbare feiten is dus geen strafbaar feit in de zin van het Verdrag.<sup>39</sup>

#### 5.2.2.4 Terrorisme

Geen van de verdragen bevat enige verwijzing naar terreur, terrorisme, terroristisch oogmerk of enig soortgelijk begrip. De toepasselijkheid van de verdragen is dus niet afhankelijk van politieke of religieuze motieven of het streven om vrees aan te jagen of een overheid tot om het even wat te dwingen.

De verdragen en het Protocol worden wel genoemd in de bijlage bij het Internationaal Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme. Dat Verdrag heeft, gezien de titel en overwegingen in zowel de preambule als de tekst zelf, onmiskenbaar betrekking op terrorisme. Art. 2 van dat Verdrag noemt als gedragingen waarop het Verdrag ziet onder meer de gedragingen die strafbaar moeten worden gesteld volgens de verdragen die in de bijlage genoemd worden. Het financieringsverdrag dateert van 1999. Dat brengt mee dat niet volledig kan worden uitgesloten dat de betreffende gedragingen ten tijde van de totstandkoming niet als terrorisme werden aangemerkt.

De Verdragen van Den Haag en Montreal eisen wel een internationale component (art. 3 lid 3 en 5 Den Haag, art. 4 lid 2 en 3 Montreal). Tevens bepalen de beide verdragen niet toepasselijk te zijn op luchtvaartuigen die gebruikt worden door de strijdkrachten, douane of politie (art. 3 lid 2 Den Haag, art. 4 lid 1 Montreal). Het gaat dus nadrukkelijk om de bescherming van de veiligheid van de internationale burgerluchtvaart. Juist die internationale burgerluchtvaart had zo ernstig te lijden onder terroristische acties.

Alhoewel de betreffende instrumenten zelf dus geen tekstuele beperking tot terroristische feiten inhouden, zijn er wel indicaties dat zij in het bijzonder op dergelijke feiten betrekking hebben. Die indicaties betreffen dan de achtergrond waartegen de instru-

<sup>38</sup> De Nederlandse vertaling gebruikt in plaats van waarschijnlijk, zowel in onderdeel a als in onderdeel b het ruimere *kan veroorzaken*. Dan ontstaan vanzelfsprekend geen problemen bij de uitvoering.

<sup>39</sup> Voor het Nederlandse strafrecht maakt dat uiteraard geen verschil. De algemene deelnemingsvormen medeplichtigheid tot en medeplichtigheid bij zijn op de uitvoeringswetgeving gewoon van toepassing. Het Verdrag verzet zich niet tegen een dergelijke strafbaarstelling, het verplicht er evenwel evenmin toe.

menten tot stand kwamen, de beperking tot de internationale burgerluchtvaart en de (latere) aanwijzing als terroristische feiten in het financieringsverdrag.

### 5.2.2.5 Strafbaarstellingen naar aanleiding van het Verdrag van Den Haag

De Nederlandse implementatie van het Verdrag van Den Haag heeft goeddeels antiperend plaatsgevonden. Het wetsvoorstel tot de Nederlandse strafbaarstelling van vliegtuigkaping dateert van 18 maart 1970. In de memorie van toelichting wordt uitgebreid stilgestaan bij het Verdrag dat op dat moment nog in voorbereiding is, maar later dat jaar wordt opgesteld voor ondertekening.<sup>40</sup> Het gaat overigens niet alleen om de strafbaarstelling van kaping. Ook andere misdrijven tegen de (veiligheid van de) luchtvaart worden bij deze wetwijziging ingevoerd. Zo wordt onbewust tevens een voorschot genomen op de implementatie van het Verdrag van Montreal. Het wetsvoorstel behelst aanpassingen aan de art. 162, 163, 166, 167, 168, 169, 328 en 352 Sr.

#### Strafbaarstelling kaping

Tevens wordt een volledig nieuw art. 385bis (thans art. 385a) Sr voorgesteld. Hierin wordt strafbaar gesteld het door geweld, bedreiging met geweld of vreesaanjaging in zijn macht brengen of houden van een luchtvaartuig, dan wel dit van zijn koers doen afwijken. In het wetsvoorstel wordt op het basisdelict een gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren gesteld. Bij amendement wordt deze straf evenwel verhoogd tot twaalf jaren.<sup>41</sup>

Het tweede lid bevat een tweetal bekende en een tweetal opmerkelijke gronden voor strafverhoging. De gevangenisstraf bedraagt ten hoogste vijftien jaren (twaalf volgens het regeringsvoorstel) indien twee of meer personen het feit gezamenlijk plegen of indien het feit zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft. Deze twee gronden komen ook op andere plaatsen voor, zoals in art. 300 lid 2 (mishandeling met zwaar lichamelijk letsel tot gevolg) en art 311 lid 1 onder 4 (diefstal in vereniging).

Dezelfde straf kan worden opgelegd indien het feit wordt gepleegd ten gevolge van een samenspanning of met het oogmerk iemand wederrechtelijk van zijn vrijheid te beroven of beroofd te houden. Deze gronden komen niet (meer) voor in andere strafbepalingen in het WvSr.

De memorie van toelichting verschaft weinig duidelijkheid. Daarin wordt vooropgesteld dat zowel voor de bedreigde straffen als voor de strafverzwarende omstandigheden aansluiting is gezocht bij art. 312 Sr. De minister rechtvaardigt dit door erop te wijzen dat tussen beide feiten een grote mate van overeenkomst bestaat. De twee bekende strafverzwarende omstandigheden staan inderdaad in art. 312 lid 2 onder 2 en onder 4. De straffen van het regeringsvoorstel corresponderen daar ook mee.

De toelichting bij de andere strafverzwaringen is mager. De minister merkt slechts op dat tevens acht geslagen is op art. 282 Sr (wederrechtelijke vrijheidsberoving) voor het geval de dader het oogmerk had na de landing een inzittende wederrechtelijk van zijn vrijheid beroofd te houden.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> TK 1969–1970, 10594, nr. 3, p. 3.

<sup>41</sup> TK 1970–1971, 10594, nr. 10.

<sup>42</sup> TK 1969–1970, 10594, nr. 3, p. 4.

De strafverhoging indien het feit wordt gepleegd ten gevolge van samenspanning is kennelijk overgenomen uit art. 394 (oud) Sr zoals dat ten tijde van de behandeling van het voorstel tot art. 385bis Sr luidde.<sup>43</sup> Het ging daar om een strafverhogingsgrond bij het scheepvaartdelict *desertie*. De strafverhogingsgrond leidde daar tot een verdubbeling van de toepasselijke sanctienorm. De strafverhogingsgrond bestond in die bepaling reeds sinds de vaststelling van het Wetboek in 1881.<sup>44</sup> Ook art. 101 onderdeel 1° WMS<sup>45</sup> kent dezelfde strafverhogingsgrond voor ongeoorloofde afwezigheid en desertie. Ook daar leidt het feit dat het misdrijf ten gevolge van samenspanning is gepleegd tot verdubbeling van de toepasselijke sanctienorm. De strafverhogingsgrond kwam reeds voor in het oorspronkelijke WMS.<sup>46</sup> Deze strafverhogingsgrond vindt haar oorsprong derhalve in het militair en scheepvaartstrafrecht van het einde van de negentiende eeuw. Daar is die strafverhogingsgrond expliciet gekoppeld aan gevallen van plichtsverzuim. Het lijkt uiterst twijfelachtig of een dergelijke grond voor strafverhoging dan ook (zonder meer)<sup>47</sup> past bij een delict als vliegtuigkaping. De vraag of die grond voor strafverhoging bij het onderhavige delict past, zal hier verder onbeantwoord blijven.

De strafverhogingsgrond *met het oogmerk iemand wederrechtelijk van zijn vrijheid te beroven of beroofd te houden* komt niet in andere strafbepalingen voor. De strafverhogingsgrond sluit naadloos aan op situaties als de gijzeling op Dawson Field waaraan hiervoor werd gerefereerd. De toelichting verwijst evenwel niet naar deze gijzeling.

Ten slotte kan levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste (destijds twintig, inmiddels) dertig jaren worden opgelegd indien het feit van art. 385a Sr de dood ten gevolge heeft. In het regeringsvoorstel was dit vijftien jaren.

### **Art. 385a Sr, een terroristisch misdrijf?**

De toelichting bij het wetsvoorstel meldt dat strafbepalingen anticiperend worden voorgesteld omdat het Nederlands strafrecht een onmiddellijke behoefte kent aan een zelfstandige strafbaarstelling van vliegtuigkaping. Tot dan toe was het OM bij vervolgingen wegens vliegtuigkaping volledig aangewezen op commune strafbare feiten als moord, doodslag en bedreiging. De toelichting bij het wetsvoorstel merkt op dat zich één geval van poging tot kaping heeft voorgedaan. Dat geval speelde in 1962 en vertoont een zekere gelijkenis met de Cuba-kapingen die hiervoor beschreven werden. Het ging om een passagier van een toestel van de KLM met bestemming Zürich die de gezagvoerder onder bedreiging met een alarmpistool wilde dwingen naar Oost-Berlijn te vliegen. De gezagvoerder vloog terug naar Nederland. De kaper werd veroordeeld tot twee jaar en drie maanden wegens bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht. Nadelen aan deze wijze van strafrechtelijke afdoening van luchtvaartka-

<sup>43</sup> *De in de artikelen 391-393 bepaalde straffen kunnen worden verdubbeld indien twee of meer personen gezamenlijk of ten gevolge van samenspanning het misdrijf plegen.* Ingetrokken bij Wet van 13 juli 1973, Stb. 1973, 330; inwerkingtreding 13 augustus 1973.

<sup>44</sup> H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Derde Deel, Tjeenk Willink, Haarlem, 1892.

<sup>45</sup> Wet van 27 april 1903, Stb. 1903, 111; gewijzigd bij Wet van 14 juni 1990, Stb. 1990, 335.

<sup>46</sup> Wet van 27 april 1903, Stb. 1903, 111; zie onder meer de art. 73 onderdeel 3° en 83 onderdeel 2° WMS (oud).

<sup>47</sup> Wellicht zijn goede argumenten aan te dragen voor deze grond voor strafverhoging bij dit delict. In de toelichting bij het voorstel ontbreken deze echter.

pingen zijn volgens de memorie van toelichting bewijsproblemen en sanctienormen die niet altijd voldoende recht doen aan de ernst van het feit.<sup>48</sup>

Nergens valt tijdens de parlementaire behandeling het woord *terrorisme* of *terreur*. Wel wordt op verschillende plaatsen opgemerkt dat de zaak van Leila Khaled strafbaarstelling van vliegtuigkaping en een sterke uitbreiding van de Nederlandse rechtsmacht bij dat delict noodzakelijk maakt. Dat zij uiteindelijk in London en niet in Amsterdam werd gepakt was immers voornamelijk toeval. Men moet er dan toch niet aan denken dat zij dan slechts kan worden vervolgd indien een andere staat die wel rechtsmacht heeft een uitleveringsverzoek doet.<sup>49</sup> Dat zij inmiddels weer vrij was en ongestoord naar Nederland kan reizen, werd van verschillende zijden als uiterst onwenselijk bestempeld. Die onwenselijkheid vormde aanleiding voor de vraag of ten aanzien van vliegtuigkaping niet gekozen zou moeten worden voor universele rechtsmacht. Die kennen we immers al ten aanzien van andere *politieke misdadigheid*, terwijl vliegtuigkapingen *natuurlijk ook een soort van politieke misdadigheid* zijn.<sup>50</sup>

Ook de strafverhoging voor het geval de kaping plaatsvond *met het oogmerk iemand wederrechtelijk van zijn vrijheid te beroven of beroofd te houden* lijkt, in de context van de totstandkoming van het Verdrag, te wijzen op het feit dat de kaping (mede) een terroristisch misdrijf is.

Het feit dat de wetgever art. 385a Sr met name voor gevallen als dat van Leila Khaled heeft ontworpen alsmede de kwalificatie als politiek misdrijf (die term werd vermoedelijk vermeden vanwege de betekenis ervan in het uitleveringsrecht) maken duidelijk dat de bepaling geschreven is voor terroristische kapingen. In parlementaire stukken bij latere wetsvoorstellen wordt kaping ook expliciet als terroristische daad omschreven.<sup>51</sup> Daar is de sanctienorm ook op toegespitst.

Over de straf die op het feit zou moeten worden gesteld en de voorwaarden waaronder vervolging mogelijk zou moeten zijn is uitgebreid gesproken. Daarbij hield men zich bepaald niet in. Voorkeuren varieerden van een gevangenisstraf van vijf jaren en algehele afschaffing van de levenslange gevangenisstraf<sup>52</sup> tot het stellen van de doodstraf op vliegtuigkaping en het toestaan van de vervolging van personen die ten tijde van het begaan van het feit de leeftijd van twaalf jaren nog niet bereikt hadden<sup>53</sup>.

#### 5.2.2.6 Strafbaarstellingen naar aanleiding van het Verdrag van Montreal

Bij de anticiperende implementatie van het Verdrag van Den Haag wordt ook meteen een voorschot genomen op het Verdrag van Montreal waarvan de totstandkoming nog niet kon worden voorzien.<sup>54</sup> Het gaat dan om de aanpassingen in de art. 162, 163, 166, 167, 168, 169, 328 en 352 Sr waaraan hiervoor reeds werd gerefereerd.

<sup>48</sup> TK 1969-1970, 10594, nr. 3, p. 3.

<sup>49</sup> Hand. TK 1970-1971, p. 1477.

<sup>50</sup> Hand. TK 1970-1971, p. 1480, 1488.

<sup>51</sup> Bijv. TK 1983-1984, 18435 (R1259), nrs. 1-3, p. 9; TK 1983-1984, 18437 (R1260), nrs. 1-3, p. 9; TK 1983-1984, 18438 (R1261), nrs. 1-3, p. 3.

<sup>52</sup> Hand. TK 1970-1971, p. 1492.

<sup>53</sup> Hand. TK 1970-1971, p. 1484, 1485.

<sup>54</sup> M.R. Mok, De strijd tegen luchtpiraterij (II-slot), NJB 1973, aflevering 28, p. 879.

### **Strafbaarstellingen van de art. 385b en 385c Sr**

Naar aanleiding van het Verdrag van Montreal worden twee nieuwe strafbepalingen geïntroduceerd. Art. 385bis Sr wordt vernummerd tot 385a Sr waaropvolgend de nieuwe artikelen 385b en 385c Sr worden ingevoegd. In art. 385b Sr wordt de opzettelijke daad van geweld tegen de inzittenden van een luchtvaartuig in vlucht strafbaar gesteld indien daarvan gevaar voor de veiligheid van het luchtvaartuig te duchten is. Als het daarbij blijft wordt het feit bestraft met ten hoogste negen jaren gevangenisstraf. Heeft het feit daarenboven zwaar lichamelijk letsel of zelfs de dood ten gevolge dan kan respectievelijk twaalf of vijftien jaren gevangenisstraf worden opgelegd.<sup>55</sup> Volgens art. 385c Sr wordt het opzettelijk doorgeven van valse gegevens waardoor gevaar ontstaat voor een luchtvaartuig in vlucht bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren.

De strafbaarstelling van de gedragingen in de onderdelen b, c en d van art. 1 lid 1 Verdrag had reeds beslag gevonden in de hiervoor genoemde aanvullingen van bestaande bepalingen in het Wetboek van Strafrecht.

Vernieling en beschadiging van een luchtvaartuig in bedrijf waardoor het ongeschikt voor vlucht wordt gemaakt of waardoor de veiligheid tijdens de vlucht in gevaar wordt gebracht (art. 1 lid 1 onder b en onder c Verdrag), is strafbaar gesteld in de art. 168 en 352 Sr. Volgens laatstgenoemde bepaling kan iedere opzettelijke en wederrechtelijke vernieling en ieder onbruikbaar maken worden bestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren. Indien van één van deze gedragingen levensgevaar voor een ander te duchten is, kan volgens art. 168 onder 1 Sr een gevangenisstraf van vijftien jaren worden opgelegd. Wanneer door deze gedraging een ander ook daadwerkelijk komt te overlijden wordt de maximumstraf verhoogd tot levenslang of dertig jaren gevangenisstraf (art. 168 onder 2 Sr).

De vernieling van hulpmiddelen ten behoeve van de luchtvaart (art. 1 lid 1 onder d Verdrag) is strafbaar gesteld door aanpassing van de art. 162 en 166 Sr. In deze bepalingen zijn de opzettelijke vernietiging, beschadiging of het opzettelijk onbruikbaar maken van respectievelijk enig werk dienende voor het luchtverkeer (art. 162 Sr) en een voor de veiligheid van het luchtverkeer gesteld teken of hulpmiddel (art. 166 Sr) met straf bedreigd indien daardoor gevaar voor de veiligheid van het verkeer of de luchtvaart te duchten is. Overtreding van art. 162 Sr wordt bedreigd met negen en overtreding van art. 166 Sr met twaalf jaren gevangenisstraf. In geval het feit iemands dood ten gevolge heeft wordt de straf van art. 162 Sr verhoogd tot vijftien jaren. Indien door het feit van art. 166 Sr een vliegtuig verongelukt kan tevens vijftien jaren worden opgelegd. Indien laatstgenoemd feit iemands dood ten gevolge heeft kan het feit worden bestraft met levenslange gevangenisstraf.

### **De art. 385b en 385c Sr, terroristische misdrijven?**

Ook in de parlementaire stukken bij het voorstel tot de goedkeuringswet en het voorstel tot de wet waarbij het Verdrag van Montreal anticiperend wordt uitgevoerd komen termen als *terrorisme*, *terreur* en *terroriseren* niet voor. Toch lijkt de memorie van toelichting bij de goedkeuringswet buiten redelijke twijfel te stellen dat het Verdrag en, in het verlengde daarvan, de onderhavige uitvoeringswet de strafrechtelijke bestrijding van luchtvaartterrorisme tot doel hebben.

---

<sup>55</sup> TK 1971-1972, 11866, nrs. 1-3.



Die toelichting noemt als directe aanleiding voor het sluiten van het onderhavige Verdrag het opblazen op 21 februari 1970 van vliegtuigen van Swissair (zevenenveertig doden) en Austria Air (piloot slaagt erin het zwaar beschadigde toestel veilig aan de grond te zetten) door het PFLP.<sup>56</sup> Het feit dat deze bomaanslagen niet als terrorisme worden aangemerkt, kan mogelijk verklaard worden uit het feit dat het bij dit soort aanslagen destijds om een relatief nieuw verschijnsel ging. Dat zou mee kunnen brengen dat daarvoor destijds in het parlementaire discours nog geen passende terminologie voor was ontwikkeld.

Tijdens de parlementaire behandeling van het voorstel tot de wet waarbij het Verdrag van Montreal anticiperend wordt uitgevoerd wordt opgemerkt dat de misdrijven tegen de internationale burgerluchtvaart vaak plaatsvinden als politiek chantagemiddel<sup>57</sup> en dat deze feiten de luchtvaart ontwrichten<sup>58</sup>. Het plegen van luchtvaartmisdrijven als politiek chantagemiddel vertoont overeenkomsten met het oogmerk *om een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden* van art. 83a Sr. Voor zover de ontwrichting van de luchtvaart een doel is dat de dader met het misdrijf beoogt, zal mogelijk sprake kunnen zijn van (in ieder geval verwantschap bestaan met) het oogmerk *om de fundamentele economische of sociale structuren van een land of een internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen* als bedoeld in art. 83a Sr. De wetgever lijkt zich bij deze misdrijven dus wel degelijk een soort van terroristisch oogmerk voorgesteld te hebben.

De conclusie lijkt dus te moeten zijn dat ook het onderhavige Verdrag en de Nederlandse uitvoering daarvan dienen ter bestrijding van het internationaal luchtvaartterrorisme. Dat de term terrorisme op dat moment mogelijk nog niet in zwang is, doet daaraan niet af.

### 5.2.2.7 Strafbaarstellingen naar aanleiding van het Protocol van Montreal

Ter uitvoering van het Protocol tot bestrijding van wederrechtelijke daden van geweld op luchthavens voor de internationale burgerluchtvaart zijn de art. 162a en 385d Sr ingevoerd.

#### Strafbaarstellingen van de 162a en 385d Sr

Art. 162a Sr ziet op de gedragingen die zijn omschreven in art. 2 lid 1 onder b Protocol (art. 1 lid 1bis onder b Verdrag Montreal). Art. 162a Sr stelt een gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren op het opzettelijk op een luchthaven vernielen, onbruikbaar maken of beschadigen van een luchtvaartuig buiten bedrijf of enige voorziening en het opzettelijk verstoren van de diensten op een luchthaven indien daarvan gevaar voor de veiligheid van de luchthaven te duchten is (aanhef en onder 1). Indien het feit tevens iemands dood tot gevolg heeft, wordt de maximumstraf verhoogd tot vijftien jaren gevangenisstraf (onder 2).

Art. 385d Sr dient ter strafbaarstelling van het feit van 2 lid 1 onder a Protocol (art. 1 lid 1bis onder a Verdrag Montreal). Deze strafbaarstelling betreft het begaan van een

<sup>56</sup> TK 1971–1972, 11865 (R 859), nr. 5, p. 5.

<sup>57</sup> Hand. TK 1970–1971, p. 1477, 1478.

<sup>58</sup> Hand. TK 1970–1971, p. 1478, 1491.

daad van geweld tegen een persoon die zich in de onmiddellijke nabijheid van de vertrek- of aankomsthal van een luchthaven bevindt. Art. 385d Sr eist wel dat daarvoor een vuurwapen, een explosieve of anderszins gemeengevaarlijke stof of een gemeengevaarlijk voorwerp voor wordt aangewend. Daarnaast eist de bepaling dat van het feit levensgevaar voor andere gebruikers van de luchthaven te duchten valt. Het feit wordt bedreigd met een gevangenisstraf van negen jaren. Indien het feit tevens leidt tot zwaar lichamelijk letsel kan een gevangenisstraf van twaalf jaren worden opgelegd. Voor het geval dat tevens iemand als gevolg van het feit komt te overlijden, geldt een sanctienorm van vijftien jaren gevangenisstraf.

### **De art. 162a en 385d Sr, terroristische misdrijven?**

In de memorie van toelichting bij de goedkeuringswet van het Protocol wordt gemeld dat Nederland bij de ondertekening van het Protocol twee interpretatieve verklaringen heeft afgelegd.

De eerste verklaring heeft betrekking op onderdeel a van het eerste lid van art. 2 Protocol (en dus op art. 385d Sr). Onder daden van geweld moeten volgens deze verklaring

slechts die daden begrepen worden van welke, vanwege de aard van de gebruikte wapens en de plaats waar zij worden gepleegd, gevaar te duchten valt voor tot het publiek in het algemeen, of de gebruikers van de internationale burgerluchtvaart in het bijzonder, behorende omstanders.

Deze verklaring bevat drie elementen, te weten de middelen waarmee het feit begaan werd, de plaats waarop het feit begaan werd en de gevolgen van het feit.<sup>59</sup>

Door voorbeelden maakt de toelichting bij de uitvoeringswet verder duidelijk wat de strekking van de verklaring is. Dat betreft allereerst de begrippen gemeengevaarlijke stoffen en voorwerpen. Daarbij moet worden gedacht aan giftige gassen, bijtende zuren, vlammenwerpers, handgranaten en dergelijke. De eisen die gesteld worden aan de gebruikte middelen (en mijns inziens tevens de eis van het levensgevaar voor anderen dan degene tegen wie het geweld zich richt) brengen mee dat een vechtpartij waarbij iemand met een mes wordt verwond niet als daad van geweld in de zin van art. 385d Sr kan gelden. De eisen die *aan* de plaats waar het feit begaan is worden gesteld, brengen mee dat een gewapende overval op een materiaaldepot ergens op een uithoek van een vliegveld, ook als daarbij geweld tegen personen wordt gebruikt niet binnen het bereik van art. 385d Sr kan komen. Het levensgevaar dat voor anderen te duchten moet zijn, bedoelt uit te drukken dat alleen ernstige vormen van geweldpleging waarbij sprake is van een algemene gevaarstelling voor de gebruikers van de luchthaven geweldpleging in de zin van art. 385d Sr opleveren.<sup>60</sup> De afwijkingen van het Protocol worden volgens de toelichtingen juist ingegeven door de ratio van datzelfde Protocol. De memorie van toelichting bij de uitvoeringswet zegt over de drie elementen van de verklaring:

met het samenstel van deze drie beperkingen is getracht zoveel mogelijk recht te doen aan de doelstelling van het protocol, namelijk alleen die strafbare feiten onder de werkingssfeer daarvan brengen, die als terroristische aanslagen kunnen worden gekwalifi-

<sup>59</sup> TK 1992-1993, 23228 (R1475), nr. 3, p. 4.

<sup>60</sup> TK 1992-1993, 23229, nr. 3 p. 3.

ceerd en die als zodanig een bedreiging vormen voor de veiligheid van de (internationale) burgerluchtvaart.<sup>61</sup>

De verschillen die bestaan tussen art. 2 Protocol en art. 385d Sr zijn dus geen gevolg van onoplettendheid of onzorgvuldigheid van de wetgever, maar een bewuste poging om een delictomschrijving op te stellen die speciaal voor bepaalde terroristische acties geldt.

De tweede verklaring die bij de ondertekening is afgelegd, heeft dezelfde strekking maar dan ten aanzien van het feit van art. 162a Sr. De memorie bij de goedkeuringswet stelt over beide verklaringen in bewoordingen die aansluiten op de delictomschrijving van art. 162a Sr:

populair gezegd heeft het protocol alleen betrekking op terroristische aanslagen. Geweld tegen personen of goederen en verstoring van diensten, waardoor de veiligheid op een luchthaven voor de internationale burgerluchtvaart in gevaar wordt gebracht of kan worden gebracht kan echter ook feitelijke gedragingen omvatten, die niets met terroristische aanslagen van doen hebben. (...) Dergelijke gedragingen vallen echter naar de letter genomen wel onder de werkingssfeer van het protocol, maar zij staan in geen relatie tot de achterliggende doelstelling van het protocol.<sup>62</sup>

De tweede interpretatieve verklaring maakt duidelijk dat in Nederlandse ogen gevaar voor de luchthaven op zichzelf onvoldoende is. Eerst indien het gevaar voor de luchthaven betrekking heeft op het veilig functioneren van de luchthaven ten behoeve van de internationale burgerluchtvaart kan sprake zijn van het soort terroristische aanslag waar het Protocol betrekking op heeft, althans zou moeten hebben.<sup>63</sup>

Nog veel duidelijker dan bij de uitvoeringswetten van de verdragen geeft de wetgever bij de uitvoeringswet van het Protocol aan dat het bij die wet en bij dat Protocol gaat om de bestrijding van (internationaal) terrorisme. De wetgever gaat er zelfs toe over om het bereik van de uitvoeringswetgeving te beperken omdat hij meent dat het doel van het Protocol daardoor adequater wordt gediend dan door de tekst van dat Protocol letterlijk te volgen.

### 5.2.2.8 Conclusie

De Verdragen van Den Haag en Montreal zijn, gezien de context waarbinnen zij tot stand zijn gekomen, onmiskenbaar gericht op de bestrijding van bepaalde uitingen van internationaal terrorisme tegen de burgerluchtvaart. De parlementaire behandeling van de Nederlandse uitvoeringswetgeving geeft blijk van een sterk bewustzijn van de wetgever dat die wetgeving in dit licht moet worden gezien. Ook het Protocol van Montreal is gericht op terrorisme dat de ongestoorde voortgang van de burgerluchtvaart verhindert. Hier is het bewustzijn van de Nederlandse wetgever nog sterker geweest. Niet alleen worden de woorden *terrorisme* en *terroristisch* in de parlementaire stukken bij de goedkeurings- en uitvoeringswet veelvuldig gebezigd, de wetgever permitteerde zich zelfs afwijkingen van het Protocol om zo veel mogelijk te garanderen dat de toepassing van de uitvoeringswetgeving ook daadwerkelijk beperkt blijft tot terroristische

<sup>61</sup> TK 1992-1993, 23229, nr. 3 p. 3.

<sup>62</sup> TK 1992-1993, 23228 (R1475), nr. 3, p. 3.

<sup>63</sup> TK 1992-1993, 23228 (R1475), nr. 3, p. 4; TK 1992-1993, 23229, nr. 3 p. 3.

aanslagen en incidenten. Bij die stand van zaken lijkt de stelling dat Nederland al voor de inwerkingtreding van de WTM strafrechtelijke antiterreurwetgeving had niet overreden. Dat het woord terrorisme, of een soortgelijke term, in die wetgeving zelf niet voorkwam, doet daaraan niet af.

### 5.2.3 Verhouding met de WTM

Met de inwerkingtreding van de WTM zijn de misdrijven die strafbaar zijn gesteld ter uitvoering van de Verdragen van Den Haag en Montreal (met inbegrip van de door het Protocol toegevoegde feiten, maar met uitzondering van de misdrijven van de art. 328 en 352 Sr) terroristische misdrijven geworden wanneer zij zijn begaan met een terroristisch oogmerk. Bij de totstandkoming van de WTM is op geen enkel moment stilgestaan bij het feit dat de betreffende strafbepalingen een sanctienorm kennen die (mede) is vastgesteld in verband met het feit dat de betreffende misdrijven als terroristisch feit kunnen worden begaan.

#### 5.2.3.1 De strafverhoging

De straffen zijn volgens de art. 176a en 415a Sr (in overeenstemming met het systeem van de WTM) voor de terroristische variant de helft hoger dan voor het ‘commune’ feit. Daarvoor lijkt in het licht van het voorgaande iedere grond te ontbreken. De strafbepalingen kwamen tot stand in de ‘hoogtijdagen’ van het internationaal luchtvaartterrorisme. Zij zijn de uitvoering van verdragen die gericht zijn op het bestrijden van dat fenomeen. Die verdragen verplichten niet slechts tot strafbaarstelling. Zij stellen tevens buiten twijfel dat zware straffen dienen te worden gesteld op de betreffende feiten (art. 2 Verdrag van Den Haag, art. 3 Verdrag van Montreal). Ook de parlementaire behandeling maakt duidelijk dat de strafbepalingen in de eerste plaats bedoeld zijn om het internationaal terrorisme te bestrijden.

De impliciete veronderstelling die achter de WTM lijkt schuil te gaan dat wetgevers in het verleden niet wisten of konden weten wat internationaal terrorisme is, lijkt in ieder geval ten aanzien van de art. 162, 162a, 166, 168, 385a, 385b, 385c en 385d Sr misplaatst. Ook aan het einde van de zestiger- en begin van de zeventigerjaren van de twintigste eeuw waren er lieden die vliegtuigen kaapten en / of vernietigden om een bevolking ernstige vrees aan te jagen, een overheid tot enig doen of nalaten te dwingen of bepaalde basisstructuren te vernietigen. Waarom dat nu ineens anderhalf keer zo erg zou zijn als hiervoor, is totaal onduidelijk.

Verwijzingen naar 11 september 2001 liggen in dat verband voor de hand, maar volstaan niet. Voor de gebeurtenissen van die dag lagen de strafbepalingen die levenslange gevangenisstraf mogelijk maken ook zonder de WTM namelijk voor het oprapen. Gedacht kan worden aan de art. 157 onder 3° (het opzettelijk veroorzaken van een ontploffing met dodelijke afloop), 168 onder 2° (het opzettelijk doen verongelukken van een vliegtuig met dodelijke afloop), 170 onder 3° (het opzettelijk vernielen van een gebouw met dodelijke afloop), 289 (moord) en 385a lid 3 Sr (kaping met dodelijke afloop). Dat dan de, toch bepaald niet milde, straffen voor feiten die juist niet in het verlies van levens resulteren, moeten worden opgeschroefd vermag ik niet in te zien. Verhoging van deze sanctienormen voor het geval het feit werd begaan met een terroristisch oogmerk is begaan, ligt dan bepaald niet voor de hand.

Dat de wetgever niettemin van mening was dat de strafwaardigheid van de betreffende terroristische feiten, bijvoorbeeld door de gebeurtenissen van 11 september 2001, de afgelopen decennia is toegenomen, kan niet zonder meer volledig worden uitgesloten. Omdat de sanctienormen van de betreffende misdrijven reeds waren vastgesteld in verband met het feit dat hier typisch terroristische misdrijven betreft, had de toelichting de strafverhoging in dat geval moeten motiveren in het licht van die toegenomen strafwaardigheid. Dat is niet gebeurd. Net als voor de strafbepalingen die in hoofdstuk 4 centraal stonden, geldt ook hier dat het algemene, ongedifferentieerde en automatische karakter van de strafverhoging van de WTM een contra-indicatie vormt ten aanzien van de veronderstelling dat de strafverhoging van de WTM in dit opzicht slechts aansluit op veranderde opvattingen over de strafwaardigheid van terrorisme. De strafverhoging had dan voor deze misdrijven geringer moeten zijn dan voor misdrijven waarbij het terroristisch element helemaal nog niet in de sanctienorm was verdisconteerd.

### 5.2.3.2 Strafbaarheid van samenspanning

Omdat voor de misdrijven van de art. 162, 166, 168, 385a, 385b en 385d Sr geldt dat zij door de strafverhoging tenminste het intreden van één gekwalificeerd gevolg met levenslange gevangenisstraf bedreigen, is ook de samenspanning tot al deze terroristische misdrijven strafbaar gesteld (art. 176b en 415b Sr). Dat geldt dus ook wanneer slechts tot het basisdelict, waarop een beduidend mildere straf is gesteld, wordt samengespannen. Deze eigenaardigheid van de WTM is hierboven reeds besproken en bekritiseerd.

Voor de misdrijven van de art. 162, 385b en 385d Sr klemmt dit des te meer. De meest gekwalificeerde variant van deze misdrijven werd immers voor de inwerkingtreding van de WTM met vijftien jaren gevangenisstraf bedreigd. Hier is de strafbaarstelling van samenspanning dus volledig opgehangen aan de strafverhoging die zelf niet gerechtvaardigd lijkt te kunnen worden. De omstandigheid waarop deze strafverhoging betrekking heeft, te weten terrorisme, was immers reeds in de toepasselijke sanctienormen verdisconteerd.

## 5.3 Verdrag tegen het nemen van gijzelaars

Naast, en in zekere zin ook als onderdeel<sup>64</sup> van, terrorisme tegen de burgerluchtvaart neemt het aantal gijzelingen in de zestiger jaren van de twintigste eeuw een grote vlucht. Ook in de zeventiger jaren vormen gijzelingen een groot probleem.

### 5.3.1 Achtergrond, totstandkoming en inhoud

Opnieuw zal allereerst de context van het Verdrag worden verduidelijkt door een aantal incidenten dat voor de totstandkoming van het Verdrag van belang is geweest te beschrijven. Vervolgens komen de verplichtingen tot strafbaarstelling van het Verdrag aan bod.

<sup>64</sup> Getuige ook de hiervoor besproken gijzeling van de passagiers van de gekaapte vliegtuigen die naar Dawson Field werden gevlogen en de strafverhoging voor de kaping gepleegd met het oogmerk iemand wederrechtelijk van zijn vrijheid te beroven of beroofd te houden (art. 385a lid 2 Sr).

### 5.3.1.1 Enkele geruchtmakende gijzelingen

Op 24 april 1975 bezetten zes leden van de tweede generatie van de Rote Armee Faktion (RAF) de West-Duitse ambassade in Stockholm. Als de politie, die snel ter plaatse is, het bevel om weer te vertrekken negeert, wordt de militair attaché door meerdere schoten dodelijk verwond. Tot het ondergoed ontklede agenten worden in staat gesteld de stervende man weg te slepen. De kelder van de ambassade wordt volgestouwd met TNT. De gijzelnemers eisen de vrijlating van de gedetineerde leden van de eerste generatie van de RAF, waaronder Andreas Baader en Ulrike Meinhof. In februari van dat jaar had de organisatie ‘2e juni’ met de ontvoering van de politicus Peter Lorenz de vrijlating van zes gedetineerden weten te bewerkstelligen. Bondskanselier Schmidt geeft deze keer echter geen krimp. De gijzelnemers geven daarop aan ieder uur een gijzelaar te liquideren. Een uur later wordt de economisch attaché voor een open raam geëxecuteerd en naar buiten gegooid. Kort voordat de Zweedse politie het pand wil bestormen, ontploft de TNT, waarschijnlijk als gevolg van een kortsluiting. Eén van de gijzelnemers overlijdt onmiddellijk. De overigen en de gijzelaars lopen brandwonden op. Alle gijzelnemers worden aangehouden. Eén van hen overlijdt later in de gevangenis alsnog aan zijn verwondingen.

Sinds 1963 is er in Iran verzet van geestelijken die vinden dat Islamitische waarden verkwanseld worden voor olieopbrengsten. In eerste instantie wordt gewelddadig opgetreden tegen de politieke tegenstanders van de Sjah. Later tracht de Sjah juist de rust te bewaren door een ruimhartiger toekenning van politieke rechten. Het mag allemaal niet baten. Het verzet tegen zijn prowesterse beleid valt niet langer te stuiten. Op 16 januari 1979 ontvlucht de Sjah van Iran zijn land. Later dat jaar ondergaat hij een medische behandeling tegen kanker in de VS (waar hij in 1980 zou overlijden). In Iran heeft Ayatollah Khomeini de macht inmiddels overgenomen. De nieuwe Iranese regering eiste de uitlevering van de Sjah. Deze werd door de VS geweigerd. Op 4 november 1979 bestormt een menigte van Iranese ‘studenten’ de Amerikaanse ambassade in Teheran. Het grootste gedeelte van het aanwezige personeel zou daar 444 dagen (tot 20 januari 1981) gegijzeld worden gehouden.

Maar ook Nederland werd begin zeventigerjaren geconfronteerd met gijzelingen. Vaak waren zij gericht tegen diplomaten. Om deze reden zullen sommige van deze incidenten en hun achtergronden in de volgende paragraaf uitgebreider aan de orde komen. Een voorbeeld van zo een diplomatieke gijzeling vond in 1974 plaats in Den Haag. Op 13 september van dat jaar dringen drie leden van het Japanse Rode Leger de Franse ambassade aan het Korte Voorhout binnen. Eenmaal binnen nemen de radicale Marxisten de ambassadeur en tien van zijn medewerkers in gijzeling. De politie, die snel ter plaatse is, wordt beschoten. Twee agenten raken daarbij gewond. De gijzelnemers eisen vrijlating van een lid van het Rode Leger dat kort daarvoor in Frankrijk was aangehouden en een som losgeld. Vanwege vriendschappelijke betrekkingen tussen de Palestijnse en links-radicalen terreurorganisaties eisen zij tevens een vrijgeleide naar Libanon. In de daaropvolgende dagen ontstaat een impasse. Na dreigementen met geweld tegen de ambassadeur besluiten de Nederlandse en Franse autoriteiten uiteindelijk in te stemmen. De gijzelnemers en hun vrijgelaten kameraad vliegen vanaf Schiphol naar het Midden Oosten.

Een ruime maand later vindt een nieuwe gijzeling plaats. Nu in de Scheveningse gevangenis. In maart 1974 hadden twee Palestijnse vliegtuigkapers een vliegtuig van British Airways gedwongen te landen op Schiphol. Zij lieten de passagiers vrij en staken het toestel in brand. Beide kapers kregen vijf jaren gevangenisstraf opgelegd. Op 26 oktober nemen één van de kapers en drie medegedetineerden bij een dienst in de gevangenskapel de aanwezigen in gijzeling. De gijzeling zal duren tot 31 oktober. Op die dag beëindigt de Bijzondere Bijstandseenheid (BBE) van het korps mariniers de actie van de vier gedetineerden. Het optreden van de BBE is weliswaar gewelddadig te noemen, er vallen geen slachtoffers. Terwijl hun collega's harde klappen uitdelen op de ruiten van de kapel om de aandacht af te leiden, snijdt een aantal mariniers de deur van de kapel open met een thermische lans. Als de gijzelnemers zich opeens geconfronteerd zien met een groep tot de tanden bewapende mariniers wier gezichten schuil gaan achter bivakmutsen zijn zij kennelijk volledig van hun stuk gebracht. Zonder bloedvergieten kunnen de gijzelnemers worden overmeesterd. Ook onder de gijzelaars vallen geen slachtoffers.

Het bekendst zijn echter de gijzelingen door Zuid-Molukse jongeren. Met name de twee treinkapingen halverwege de zeventigerjaren maakten veel indruk. De eerste kaping vond plaats op 2 december 1975. Zeven jonge Molukkers uit Bovensmilde zetten bij het plaatsje Wijster (gemeente Beilen) de stoptrein van Zwolle naar Groningen stil. De machinist wordt meteen doodgeschoten. De kapers eisen een bus naar Schiphol waar een vliegtuig klaar moet staan. In de daarop volgende dagen worden ook nog twee passagiers gedood. De situatie wordt verder gecompliceerd doordat twee dagen na het begin van de gijzeling in gekaapte trein ook het Indonesisch consulaat in Amsterdam bezet wordt. Na dertien dagen geven de gijzelnemers in de trein zich zonder verder bloedvergieten over. Uiteindelijk worden de gijzelnemers door de rechtbank Assen veroordeeld tot veertien jaren gevangenisstraf. Een week later geven ook de bezetters van het Indonesisch consulaat zich over. Bij deze bezetting kwam één gijzelaar om. De gijzelnemers kregen gevangenisstraffen van zes en zeven jaar opgelegd.

De actie met de meest dramatische afloop moet dan echter nog komen. Op 23 mei 1977 kaapt een groep van negen Zuid-Molukkers de intercitty van Assen naar Groningen bij De Punt. Bijna gelijktijdig bezet een groep van vier Molukkers een openbare basisschool in Bovensmilde. Veertig passagiers van de trein, de conducteur en de machinist worden vrijgelaten. Er blijven vijfenveertig passagiers als gijzelaar achter in de trein. In de school worden honderdenvijf leerlingen en vijf onderwijzers vastgehouden. Opnieuw worden een bus en een vliegtuig geëist. Daarnaast moeten eenentwintig Molukse gedetineerden, waaronder de deelnemers aan de gijzelingen van 1975, worden vrijgelaten. Vanwege de gijzeling van de schoolkinderen wordt een militaire actie onverantwoord geacht. Na vier dagen worden twintig kinderen ziek. Omdat de verschijnselen doen denken aan een virus worden de kinderen vrijgelaten. Nog twee weken wordt er onderhandeld met de gijzelnemers. Uiteindelijk wordt een gewelddadige bestorming van de trein en de school onvermijdelijk geacht. In de vroege ochtend van 11 juni vliegen twee straaljagers met ingeschakelde afterburners laag over de treintoestellen. Door de oorverdovende knallen laten de gijzelaars zich op de grond vallen. De gijzelnemers zijn volledig gedesoriënteerd. Door afluisteren en warmtemetingen weten de mariniers waar de gijzelnemers en de gijzelaars zich bevinden. Op de coupés die tussen beide groepen zijn gelegen en op de balkons waar de gijzelnemers

zich bevinden worden 15.000 kogels afgevuurd terwijl BBE-ers op de trein afstormen. Twee gijzelaars die in verband met de hitte op balkons lagen te slapen worden gedood. Zes van de negen gijzelnemers overleven de actie niet. De school kan met minder geweld worden ontzet. Van verschillende zijden wordt de school met pantservoertuigen benaderd. Één pantservoertuig rijdt zelfs door een muur naar binnen. De gijzelnemers geven zich vervolgens zonder verzet over.

De rol van de overheid bij de ziekte van de kinderen is nooit opgehelderd. Die ziekte werd op afstand gediagnosticeerd als hersenvliesontsteking. Enkele dagen na hun vrijlating waren alle kinderen weer beter. Die ziekte kwam de autoriteiten goed uit. Geruchten over een bewuste voedselvergiftiging<sup>65</sup> konden nooit worden bevestigd. Evenmin is duidelijk of de dood van de zes treinkapers niet had kunnen worden voorkomen. En natuurlijk is de dood van de twee gijzelaars in de trein te betreuren. In internationale literatuur over terrorisme wordt de actie van de BBE doorgaans echter gemeld als schoolvoorbeeld van succesvol gewelddadig optreden.<sup>66</sup>

Het voorlopig einde van de stroom gijzelingen door Zuid-Molukse jongeren vond plaats op 13 maart 1978 in Assen. 's Ochtends rond 10:15 dringen drie Molukkers het Provinciehuis van Drenthe binnen. Zij schieten daarbij veelvuldig om zich heen. Sommige aanwezigen raken gewond door rondvliegende kogels en glas. Op de eerste verdieping verzamelen zij éénnzeventig gijzelaars. Eén van de gijzelaars wordt voor een open raam doodgeschoten. Zijn lichaam valt door het raam naar buiten. Naast een aanzienlijk bedrag aan losgeld eisen ook deze gijzelnemers een bus en vrijlating van gedetineerde Molukkers. Net als bij de gelijktijdige gijzeling in de trein en de school in 1977 blijkt het ook hier uiterst moeilijk om met de gijzelnemers te onderhandelen. Als in de middag van de volgende dag tijdens een telefoongesprek tussen het crisiscentrum en de gegijzelde griffier Postema een schot klinkt en Postema de hooom laat vallen, krijgt de aanwezige BBE het bevel de gijzeling te beëindigen. Opnieuw is het optreden gericht op het volledig overrompelen van de gijzelnemers. Deze aanpak lijkt de beste kans te bieden dat een relatief laag slachtofferaantal gerealiseerd wordt. Probleem was deze keer echter wel dat het onmogelijk bleek voor de aanval een redelijke indruk te krijgen van de situatie ter plaatse. Geruisloos benaderen de mariniers het vertrek waar de gijzelaars worden vastgehouden. Met een aanvalsgranaat worden de gebarricadeerde deur en de voorwerpen die er achter staan door de kamer geblazen. Na een korte schotenwisseling worden de drie gijzelnemers gewond afgevoerd. Eén van hen blijkt nog wel in staat te zijn geweest een schot te lossen op gedeputeerde Trip die samen met zijn collega Huizenga bovenaan de lijst stond om geliquideerd te worden. Trip wordt in de buik getroffen. Enkele weken later overlijdt hij. De gijzelnemers worden uiteindelijk alle drie veroordeeld tot een gevangenisstraf van vijftien jaar.

### 5.3.1.2 Voorbereiding en totstandkoming

Vanaf 1976 bestaat in de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties aandacht voor het probleem van gijzelingen die gericht zijn op het dwingen van natuurlijke en rechtspersonen aan bepaalde eisen te voldoen. Het initiatief daartoe was genomen door de Bondsrepubliek Duitsland<sup>67</sup>, waarbij naast de gijzelingen van Lorenz en het perso-

<sup>65</sup> Het voedsel voor de gijzelnemers en gijzelaars werd door de autoriteiten verstrekt.

<sup>66</sup> Wilkinson, *Terrorism vs Democracy*, o.c., p. 142, 143; Hoffman, o.c., *Inside terrorism*, p. 78, 79.

<sup>67</sup> TK 1983-1984, 18438 (R 1261), nrs. 1-3, p. 3.



neel van de Duitse ambassade in Zweden ongetwijfeld ook de gebeurtenissen rond de Olympische spelen van München in 1972 een belangrijke rol speelden.

In resolutie 31/103 van 15 december 1976 werd gesteld dat een dringende behoefte bestaat aan een verdrag dat bijdraagt aan het voorkomen van gijzelnemingen. Die behoefte hing samen met het feit dat gijzelingsacties mensenlevens in gevaar brengen en de menselijke waardigheid aantasten. Tevens wees de resolutie op het bestaan van verdragen, waaronder de destijds reeds tot stand gekomen verdragen ter bestrijding van terrorisme (zonder die term overigens te gebruiken), die ten aanzien van verschillende situaties of personen gijzelingen of gelijksoortige aantastingen van de persoonlijke vrijheid (zoals vliegtuigkapingen) verbieden. De resolutie riep een Ad Hoc Comité in het leven dat wordt belast met het opstellen van een verdrag tegen het nemen van gijzelaars.

Dit Comité was een tamelijk bont gezelschap van vijfendertig leden. Onder de leden bevonden zich onder meer Algerije, Jemen, Denemarken, Frankrijk, Duitsland, Iran (toen nog als trouw bondgenoot van de VS), Italië, Jordanië, Libië, Nederland, Syrië, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten. In het licht van deze samenstelling was het wellicht geen volkomen verrassing dat de Algemene Vergadering een jaar later moest constateren dat het Comité er niet in is geslaagd zijn opdracht te vervullen. De opdracht van het Comité werd daarop verlengd.<sup>68</sup> Hetzelfde gebeurde in het daarop volgende jaar.<sup>69</sup> Op 17 december 1979 wordt het Internationaal Verdrag tegen het nemen van gijzelaars voor ondertekening opengesteld.<sup>70</sup> De memorie van toelichting bij de Nederlandse Goedkeuringswet vermeldt dat er een grote onderhandelingsbereidheid aan alle zijden bestond.<sup>71</sup> Het valt niet met voetnoten te staven, maar het lijkt erg waarschijnlijk dat de gijzeling van de Amerikaanse ambassade in Teheran, die een ruime maand eerder was aangevangen en nog steeds voortduurde, daarbij een grote rol heeft gespeeld.

### 5.3.1.3 Het Verdrag

Net als in de andere verdragen die in dit hoofdstuk aan de orde komen, ligt het zwaartepunt in het onderhavige Verdrag op het voorkomen dat bedrijven van internationaal terrorisme onbestraft blijven. Daartoe bevat het Verdrag verplichtingen met betrekking tot het uitleveringsrecht en met betrekking tot het vestigen van extraterritoriale rechtsmacht. Art. 13 Verdrag beperkt de werking van het Verdrag tot gijzelingen met een internationale component. Het Verdrag is volgens die bepaling niet van toepassing als de gijzeling plaatsvond in de staat waarvan zowel dader(s) als slachtoffer(s) onderdaan zijn, terwijl de dader zich in die staat bevindt. Het Verdrag omschrijft in art. 1 gijzeling als de gevangenneming van een persoon en het vervolgens dreigen deze persoon te doden, te verwonden of gevangen te houden met het doel een derde, te weten een staat, internationale intergouvernementele organisatie, een natuurlijke of een rechtspersoon, iets te doen of na te laten als uitdrukkelijke of stilzwijgende voorwaarde voor vrijlating. Het tweede lid van de bepaling omschrijft ook de poging tot of de medeplichtigheid aan het feit van het eerste lid als strafbaar feit. Partijen bij het Verdrag

<sup>68</sup> Resolutie 32/148, 16 december 1977.

<sup>69</sup> Resolutie 33/19, 28 november 1978.

<sup>70</sup> Resolutie 34/146, 17 december 1979.

<sup>71</sup> TK 1983-1984, 18438 (R 1261), nrs. 1-3, p. 4.

worden door art. 2 Verdrag verplicht deze gedraging strafbaar te stellen en daarbij te voorzien in straffen die recht doen aan het ernstige karakter van het feit.

#### 5.3.1.4 Terrorisme

Ook in de tekst van dit Verdrag komen termen als *terrorisme*, *terroristisch* en *terreur* niet voor. Toch kan er geen twijfel over bestaan dat het onderhavige Verdrag ziet op de bestrijding van een bepaalde uitingvorm van internationaal terrorisme.

In de preambule van het Verdrag, die een interpretatief kader verschaft voor de verplichtingen die de tekst van het Verdrag meebrengt, valt te lezen:

Being convinced that is urgently necessary to develop international cooperation between States in devising and adopting effective measures for the prevention, prosecution and punishment of all acts of taking of hostages as manifestations of international terrorism.

Zonder veel omhaal worden alle gijzelingen hier dus aangemerkt als *manifestaties van internationaal terrorisme*. Over de juistheid van deze weinig genuanceerde stelling kan men uiteraard sterk van mening verschillen. Dat geldt evenwel niet voor de constatering dat het onderhavige Verdrag bedoeld is om een bijdrage te leveren aan de bestrijding van het internationaal terrorisme.

#### 5.3.2 Nederlandse implementatie

De strafbare feiten van het Verdrag waren in Nederland al strafbaar voor de implementatie. Toch heeft het Verdrag geleid tot aanvullingen van het Wetboek van Strafrecht. De verplichting tot strafbaarstelling uit het Verdrag is geïmplementeerd door invoeging van art. 282a Sr. Daarnaast is ook art. 285 Sr aangepast. Deze aanpassing houdt tevens (of wellicht zelfs voornamelijk)<sup>72</sup> verband met de implementatie van het Verdrag inzake de voorkoming en bestraffing van misdrijven tegen internationaal beschermde personen, met inbegrip van diplomaten.<sup>73</sup>

##### 5.3.2.1 De gijzeling van art. 282a Sr

Art. 282a Sr bedreigt de gijzeling met een gevangenisstraf van vijftien jaren. De bepaling behelst een logische specialis ten opzichte van art. 282 Sr, waarin de opzettelijke wederrechtelijke vrijheidsberoving strafbaar is gesteld. Art. 282a Sr bevat één gekwalificeerd bestanddeel ten opzichte van art. 282 Sr. Het gaat dan om de eis dat de vrijheidsberoving plaatsvindt *met het oogmerk om een ander te dwingen iets te doen of niet te doen*. Dat rechtvaardigt dan een maximumstraf van vijftien jaren gevangenis voor overtreding van art. 282a Sr ten opzichte van de acht jaren gevangenisstraf waarmee overtreding van art. 282 Sr wordt bedreigd.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> TK 1983–1984, 18439, nrs. 1–3, p. 16.

<sup>73</sup> Zij zal ook in dat kader overigens onbesproken blijven omdat zij door de inwerkingtreding van de WTM niet is beïnvloed.

<sup>74</sup> Ten tijde van de invoeging van art. 282a Sr kende art. 282 Sr een sanctienorm van zeven jaren en zes maanden. De strafverhoging tot acht jaren heeft plaatsgevonden bij de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen van misdrijven die met acht jaren gevangenisstraf of meer bedreigd worden opdat ook de voorbereiding van vrijheidsberoving strafbaar zou zijn (TK 1990–1991, 22268, nr. 3, p. 21).

Met *een ander* wordt volgens de memorie van toelichting bij het voorstel voor de Uitvoeringswet, in navolging van het Verdrag, bedoeld op een ander dan de gijzelaar. Daarbuiten wordt de term ruim uitgelegd. Ook een staat, intergouvernementele organisatie of een rechtspersoon kan als zodanig kan worden aangemerkt. Overigens zal een gijzeling met het oogmerk de Nederlandse Staat tot iets te dwingen doorgaans onder art. 95a Sr gebracht kunnen worden.<sup>75</sup> Wat hiervan verder ook zij, duidelijk is in ieder geval dat de strafbepaling en dus ook de sanctienorm van art. 282a Sr mede geschreven zijn voor het geval dat de gijzeling erop gericht is de Nederlandse overheid of een internationale organisatie ergens toe te dwingen.

### 5.3.2.2 Art. 282a Sr, terrorisme?

Op verschillende plaatsen komt bij de parlementaire behandeling van het voorstel voor de uitvoeringswet de term *terrorisme*, of een variant daarop, voor.

De memorie van toelichting bij de goedkeuringswet maakt duidelijk dat het verdrag moet worden beschouwd als een instrument ter bestrijding van internationaal terrorisme, zij het dat de formulering af en toe verwarring wekt. Zo wordt enerzijds gesproken van *doeltreffende wereldomvattende maatregelen om internationaal terrorisme, ontvoeringen en kapingen uit te roeien*. De nevenschikking impliceert dat het gaat om te onderscheiden begrippen. Gijzeling en kaping zijn dan geen vormen van terrorisme. Anderzijds valt op dezelfde pagina te lezen dat verdragen tegen de kaping van vliegtuigen verdragen ter bestrijding van terrorisme zijn.<sup>76</sup> Dan is kaping dus weer wel een vorm van terrorisme en ligt het in de rede ook de gijzeling, die daarmee op één lijn werd gesteld, als zodanig aan te merken. Ook wordt gesteld dat *het nu wel duidelijk is dat geen land, geen volk, geen regering de hoop kan koesteren gespaard te blijven voor daden van terreur, ontvoering, kapingen gericht tegen zijn burgers en belangen*.<sup>77</sup> Ook hier maakt de gekozen formulering niet duidelijk hoe de regering de verhouding tussen enerzijds terrorisme en anderzijds ontvoering en kaping ziet.

Het lijkt nauwelijks twijfel dat de wetgever niet bedoeld heeft gijzeling van terrorisme te onderscheiden, maar dat de formulering gewoon zo nu en dan ongelukkig is. Veel interessanter dan de gebreken in de formulering is de inhoud ervan. Onverlet de inhoudelijke (on)juistheid van de mededeling toen of nu, valt de overeenkomst met de woorden die de politici vandaag de dag spreken op. De waarschuwendende woorden die politici vandaag de dag spreken over de actuele dreiging van het internationaal terrorisme kende de wetgever meer dan twintig jaar geleden ook al. Illustratief is in dat verband ook de volgende overweging die dient als rechtvaardiging voor de forse strafverhoging:

zeker waar dit delict wordt uitgevoerd na zorgvuldige voorbereiding, met volledige minachting voor de waarde van het menselijk leven, doch wel speculerend op het respect daarvoor bij degenen tot wie de eisen worden gericht, soms ook met politieke motieven die een democratische samenleving als de Nederlandse volledig vreemd zijn, ja deze zelfs vijandig gezind zijn, vormt het gebruik makend van de moderne massacommunicatiemiddelen, een nieuw type van criminaliteit, dat een uitermate schokkend effect op de samenleving heeft.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> TK 1983-1984, 18439, nrs. 1-3, p. 12, 15.

<sup>76</sup> TK 1983-1984, 18438 (R 1261), nrs. 1-3, p. 3.

<sup>77</sup> TK 1983-1984, 18438 (R 1261), nrs. 1-3, p. 4.

<sup>78</sup> TK 1983-1984, 18439, nrs. 1-3, p. 12.

Dit citaat zegt eigenlijk alles. Juist het ondemocratisch karakter van het delict, juist het oogmerk om een samenleving te dwingen en juist de mogelijkheid dat mensen die dit terrorisme op televisie live aangeboden krijgen daardoor beangstigd worden, rechtvaardigt een aanzienlijke strafverhoging. Die heeft met de invoeging van art. 282a Sr ook plaatsgevonden.

### 5.3.3 Verhouding met de WTM

De WTM introduceert dan jaren later art. 282b Sr. Ook deze strafbepaling bevat een gekwalificeerde specialis ten opzichte van art. 282 Sr. Iemand opzettelijk wederrechtelijk met een terroristisch oogmerk van de vrijheid beroofd houden, kan worden bestraft met levenslange gevangenisstraf. Het terroristisch oogmerk was voor een groot gedeelte reeds verdisconteerd in art. 282a Sr. In een wettelijke strafverhoging voor het dwingen van een overheid of internationale organisatie was immers reeds voorzien. Dat terroristische gijzelingen onder de bevolking angst en paniek teweeg konden brengen en daarop juist speculeerde was een belangrijke reden voor de strafverhoging. Hetzelfde geldt voor het antidemocratische gedachtegoed dat niet zelden achter een dergelijke actie schuilgaat. Daarmee lijken de drie varianten van het terroristisch oogmerk allen te zijn gedekt. Hooguit kan men betwijfelen in hoeverre stilgestaan is bij het vernietigen van de verschillende fundamentele structuren die de WTM introduceert. Zij lijken gedeeltelijk begrepen te kunnen worden onder het mogelijk ondemocratische karakter van de terroristische gijzeling.

Bij het terroristisch oogmerk gaat het weliswaar om wat met de actie werd beoogd en niet wat daarmee feitelijk werd bewerkstelligd, wezenlijk is dat hier niet. Een sanctienorm dient immers vastgesteld te worden aan de hand van het meest strafwaardige geval dat zich laat denken. Het moet er dan voor gehouden worden dat niet slechts rekening is gehouden met de mogelijkheid van het daadwerkelijk intreden van het gevolg, maar tevens met het opzet of oogmerk van de daders dat juist op dit gevolg was gericht. Met andere woorden: art. 282a Sr was al (mede) een terroristisch misdrijf, alleen hoefde het terroristisch oogmerk niet bewezen te worden.

#### 5.3.3.1 De sanctienorm van art. 282b Sr op zijn eigen merites beoordeeld

De sanctienorm van art. 282b lijkt wel erg straf. De levenslange gevangenisstraf is de zwaarste straf die ons recht kent. Die straf zou gereserveerd moeten blijven voor de ernstigste misdrijven. In algemene zin gaat het dan om misdrijven als gevolg waarvan iemand het leven heeft gelaten. Bij deze misdrijven komt men deze straf ook doorgaans tegen.

Op dat uitgangspunt bestaan uitzonderingen. Die uitzonderingen betreffen een zeer beperkt aantal misdrijven tegen de veiligheid en het functioneren van de staat.<sup>79</sup> Hoe men die uitzonderingen ook beoordelen wil, een gijzeling kan daarmee, ongeacht het terroristisch oogmerk, toch niet op één lijn worden gesteld? Met name kan uit het terroristisch oogmerk geen gevaar voor het functioneren of voortbestaan van de staat worden afgeleid. Het subjectieve oogmerk zegt immers niets over de werkelijke (of zelfs maar de mogelijke) gevolgen van het misdrijf. Kennelijk meent de wetgever ook

<sup>79</sup> De categorie correspondeert goeddeels met die misdrijven waartoe van oudsher de samenspanning strafbaar is, maar is iets ruimer getuige bijvoorbeeld de art. 97 en 97a Sr. Deze misdrijven werden in het vorige hoofdstuk uitgebreid besproken.

niet dat ieder terroristisch misdrijf een staatsgevaarlijk misdrijf is. Anders zou hij wel voor ieder terroristisch misdrijf levenslange gevangenisstraf hebben vastgesteld.

Wat de terroristische gijzeling nou zo principieel strafwaardiger maakt dan bijvoorbeeld zware mishandeling met een terroristisch oogmerk die de dood ten gevolge heeft, vermag ik niet in te zien. Toch wordt dat laatste feit bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren (art. 304a j° art. 302 lid 2 Sr). Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het uitsteken van ogen en het afhakken van ledematen. Dergelijke daden kunnen getuigen van bijzondere wreedheid en, ook al bestaat er geen opzet<sup>80</sup> op de dood van het slachtoffer, gebrek aan alle respect voor menselijk leven. Het betreft feiten waarvan daadwerkelijk een terroriserend effect op de bevolking kan uitgaan, met name wanneer het slachtoffer willekeurig gekozen lijkt. Toch blijft de straf voor dit feit achter bij die voor de gijzeling. Dat geldt zelfs als het feit meermalen gepleegd is.

Bij een grootschalige stelselmatige campagne van ogen uitsteken of ledematen afhaken, zal al gauw sprake zijn van zware mishandeling met voorbedachten rade. Daarvoor is het zwaardere art. 303 Sr geschreven. Indien een dergelijke campagne wordt gevoerd met een terroristisch oogmerk en tot dodelijke slachtoffers leidt, kan wel levenslange gevangenisstraf worden opgelegd (art. 304a j° 303 lid 2 Sr). Zo lang er echter geen doden vallen, kan echter niet meer dan vierentwintig jaren gevangenisstraf worden opgelegd (art. 304a j° art. 303 lid 1 j° art. 57 lid 2 Sr). Dat een dergelijke terreurcampagne in ernst achterblijft bij een enkele terroristische gijzeling valt mijns inziens niet vol te houden.

Een terroristische gijzeling is voor het slachtoffer zonder twijfel een traumatische ervaring. Het gebruiken van dit slachtoffer om de bevolking vrees aan te jagen, de overheid tot enig doen of laten te dwingen of fundamentele basisstructuren van de samenleving aan te tasten, is als buitengemeen lafhartige daad zeer strafwaardig. Dat geldt voor de terroristische zware mishandeling echter nauwelijks in geringere mate, terwijl dat feit naar zijn aard niet zelden blijvende invaliditeit tot gevolg heeft. Dat dit laatste feit dan met beduidend minder straf wordt bedreigd dan het eerste lijkt moeilijk uit te leggen. De wetgever heeft een dergelijke uitleg niet eens getracht te geven.

### 5.3.3.2 Verhouding art. 282, 282a en 282b Sr

Omdat bij de strafbepaling van art. 282b Sr is gekozen voor een gekwalificeerde variant van art. 282 Sr, en dus niet van art. 282a Sr, valt strikt genomen vol te houden dat geen doublure, in de zin van meerdere strafverhogingen voor hetzelfde verwijt, bestaat. Die benadering lijkt evenwel te simpel.

### De systematiek van de WTM

Alhoewel formeel geen doublures bestaan in de relatie tussen art. 282a en 282b Sr is materieel wel degelijk sprake van een strafverhoging die gebaseerd is op een omstandigheid die reeds is verdisconteerd in de sanctienorm die wordt verhoogd. Voor de vaststelling van de sanctienorm van art. 282b Sr is, in het licht van de systematiek van de WTM, juist wel aansluiting gezocht bij art. 282a Sr. Die systematiek houdt, als gezegd, in dat de straf bij terroristische misdrijven de helft hoger is dan bij de basisfeiten.

<sup>80</sup> Overigens zal vrij snel sprake zijn van (voorwaardelijk) opzet.

Staat op het basisfeit vijftien jaren dan wordt het maximum op de terroristische variant levenslang of dertig (destijds: twintig) jaar.

De memorie van toelichting stelt expliciet dat deze systematiek zowel geldt voor de wettelijke strafverhogingsgronden als bedoeld in art. 83, onderdeel 2° Sr als voor de specifieke terroristische misdrijven van art. 83, onderdeel 3° Sr.<sup>81</sup> Het specifieke terroristische misdrijf van art. 282b Sr moet dus zijn afgeleid van een basisfeit waarop een maximumstraf van vijftien jaren gevangenis is gesteld. Daarvoor komt dan slechts art. 282a Sr in aanmerking. Als art. 282 Sr als basisfeit had gediend, zou het maximum van art. 282b Sr twaalf jaren hebben moeten bedragen. De sanctienorm zou dan achtergebleven zijn bij die van art. 282a Sr, hetgeen erop lijkt te duiden dat enkele decennia terug zeker niet lichter over terrorisme werd gedacht dan vandaag de dag. Waar de WTM als uitgangspunt een strafverhoging van 50 % voorschrijft, is de gijzeling immers met 100 % meer straf bedreigd dan de gewone vrijheidsberoving.<sup>82</sup> De WTM verhoogt die sanctienorm verder. Dat gebeurt echter op grond van een omstandigheid waaraan bij de vaststelling van de eerdere sanctienorm reeds volledig en expliciet recht was gedaan.

Dat de sanctienormen van art. 140a Sr evenmin de systematiek van de WTM volgen, doet hieraan niet af. Hiervoor bleek immers reeds dat deze bepaling voorwerp is geweest van meerdere wijzigingen. In het oorspronkelijke wetsvoorstel waren de straffen beduidend lager, te weten acht jaar voor de gewone deelnemer en vijftien jaar voor de oprichter, leider of bestuurder. Deze straffen weken weliswaar af van de basissystematiek van de WTM, die afwijking volgde rechtstreeks uit het Kaderbesluit. Art. 5 lid 3 Kaderbesluit verplicht er immers toe om het deelnemen aan een terroristische groep met tenminste acht jaren en het leiden van een zodanige groep met tenminste vijftien jaren gevangenisstraf te bedreigen. Een dergelijke verplichting bevat het Kaderbesluit niet ten aanzien van andere terroristische misdrijven. Over de uiteindelijk beduidend hogere strafmaxima is uitvoerig in het parlement gediscussieerd.

De situatie rond art. 282b Sr is geheel anders. De sanctienorm van die bepaling heeft bij de parlementaire behandeling weinig aandacht gekregen. De strafverhoging werd door de minister conform de systematiek van de WTM geoordeeld. Dit oordeel heeft geen parlementaire reacties uitgelokt. De afwijking van de sanctienorm die de systematiek van de WTM voorschrijft, mag aanzienlijk genoemd worden en wordt nergens gerechtvaardigd. Een eventuele rechtvaardiging kan hier in ieder geval niet gevonden worden in een behoefte om een gangbaar strafmaximum te hanteren.

### **De wetgever**

De minister ziet de terroristische gijzeling van art. 282b Sr, blijkens de memorie van toelichting overigens, ten onrechte, wel als gekwalificeerde variant van art. 282a Sr. Hij stelt over de strafbaarstelling van de terroristische gijzeling het volgende:

In de eerste plaats wordt voorgesteld de gijzeling met een terroristisch oogmerk tot een afzonderlijk misdrijf te maken (artikel 282b Sr). Gijzeling wordt, zo volgt uit artikel 282a Sr, reeds als een buitengewoon ernstig misdrijf beschouwd; het kent een gevangenisstraf van maximaal vijftien jaar. Voorgesteld wordt de terroristische gijzeling met

<sup>81</sup> TK 2001–2002, 28463, nr. 3, p. 2.

<sup>82</sup> Ten tijde van de invoering van art. 282a Sr werd het misdrijf van art. 282 Sr immers met zeven jaren en zes maanden gevangenisstraf bedreigd.

levenslange gevangenisstraf dan wel tijdelijke gevangenisstraf van ten hoogste twintig jaar te bedreigen. Voor de constructie van een afzonderlijk misdrijf is daarbij gekozen omdat het terroristisch oogmerk gelijksoortig is aan het in artikel 282a Sr opgenomen oogmerk, en een afzonderlijke delictsomschrijving waarin naast dat terroristisch oogmerk niet het in artikel 282a Sr vermelde oogmerk is opgenomen de helderheid dient.<sup>83</sup>

In deze korte passage geeft de minister, ervan uitgaande dat van bewuste misleiding geen sprake is, er blijk van twee zaken over het hoofd te hebben gezien. Allereerst betreft dat het feit dat wanneer men het bestanddeel *met het oogmerk een ander te dwingen iets te doen of niet te doen*<sup>84</sup> wegdenkt slechts de delictsomschrijving van art. 282 Sr resteert. Daarnaast ziet de minister kennelijk over het hoofd dat art. 282a Sr juist tot stand gekomen is om een passende straf te stellen op de terroristische gijzeling. Met andere woorden het bestanddeel dat de minister weg wil denken uit art. 282a Sr is precies het bestanddeel dat de strafverhoging ten opzichte van art. 282 Sr dragen moet en die strafverhoging dient ter bestrijding van hetzelfde fenomeen waarvoor de minister thans verdere strafverhoging voorstelt.

Zou hij zich dat wel gerealiseerd hebben dan zou hij bij de implementatie van de WTM op een andere wijze rekening hebben gehouden met art. 282a Sr.

### **Alternatieve mogelijkheden**

Bij een implementatie van het Kaderbesluit die op gepaste wijze rekening houdt met art. 282a Sr waren meerdere oplossingen denkbaar geweest.

#### *Eén strafbepaling*

Allereerst zou implementatie plaats hebben kunnen vinden door aan art. 282a Sr het oogmerk om (een deel van) de bevolking ernstige vrees aan te jagen en het oogmerk om bepaalde fundamentele structuren te vernietigen of ernstig te ontwrichten toe te voegen. In art. 83 Sr had art. 282a Sr dan als terroristisch misdrijf aangewezen moeten worden. Eventueel had dan conform de systematiek van de WTM de sanctienorm verlaagd kunnen worden naar twaalf jaren. Nadeel van deze oplossing zou geweest zijn dat het terroristisch oogmerk in art. 282a Sr atypisch zou zijn weergegeven. Een tweede nadeel zou gelegen kunnen zijn in het feit dat het oogmerk iedere willekeurige derde te dwingen dezelfde strafrechtelijke betekenis zou hebben gekregen als het oogmerk om een overheid te dwingen.

Een andere oplossing zou geweest hebben kunnen zijn om het oogmerk van art. 282a Sr te vervangen door het terroristisch oogmerk. Ook dan had overwogen kunnen worden de sanctienorm van art. 282a Sr naar twaalf jaren gevangenisstraf te verlagen. Nadeel van deze oplossing zou zijn geweest dat het oogmerk om een derde te dwingen die geen overheid of internationale organisatie is niet langer een strafverhogende omstandigheid voor de vrijheidsberoving zou zijn. Dat nadeel zou evenwel niet onoverkomelijk zijn geweest. Alhoewel het Verdrag verplicht tot strafbaarstelling van vrijheidsberoving met het oogmerk om wie dan ook te dwingen, is helemaal niet gezegd dat met art. 282 Sr niet voldaan wordt aan de verplichting tot strafbaarstelling uit het Verdrag. Die bepaling is immers gewoon van toepassing op de gijzeling in de zin van

<sup>83</sup> TK 2001–2002, 28463, nr. 3, p. 7.

<sup>84</sup> Dat is immers het bestanddeel waardoor de gelijksoortigheid (en eventuele verwarring) ontstaat.

het Verdrag en wordt bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren die nog eens verhoogd kan worden tot negen, respectievelijk twaalf jaren wanneer het feit zwaar lichamelijk letsel of de dood ten gevolge heeft. Dat zijn best forse straffen. Mocht desalniettemin behoefte bestaan aan een strafverhoging in geval van aanwezigheid van het oogmerk om een derde te dwingen die geen staat of internationale organisatie is dan zou dat eveneens eenvoudig te realiseren zijn geweest. Die strafverhogende omstandigheid had dan opgenomen kunnen worden in een nieuw lid van art. 282 Sr.

### *Twee strafbepalingen*

Een andere mogelijkheid zou zijn geweest om het de sanctienorm van art. 282a Sr te verlagen en de gijzeling met een terroristisch oogmerk apart strafbaar te stellen in art. 282b Sr (zoals thans gebeurd is) maar dan ook met een lagere sanctienorm. Art. 282b Sr zou dan bijvoorbeeld bedreigd kunnen zijn geweest met twaalf of vijftien jaren gevangenisstraf en art. 282a Sr met, afhankelijk van de sanctienorm van art. 282b Sr, tien of twaalf jaren gevangenisstraf. Alhoewel een sanctienorm van twaalf jaren gevangenisstraf voor art. 282b Sr het best zou passen in de systematiek van de WTM zou in het bestaande art. 282a Sr een argument gelezen kunnen worden om overtreding van art. 282b Sr te bedreigen met een maximumstraf van vijftien jaren. De straf die in de zeventigerjaren van de vorige eeuw passend werd geacht voor een terroristische gijzeling zou dan zijn gehandhaafd. Alleen het begrip terroristische gijzeling zou zijn uitgebreid. De sanctienorm van art. 282a Sr werd destijds kennelijk geacht recht te doen aan het ernstige karakter van de terroristische gijzelingsactie. Het Verdrag verplicht immers tot het vaststellen van een dergelijke straf.

Nu de wetgever op geen enkele plaats of wijze heeft aangegeven welke gijzelingsactie<sup>85</sup> nu opeens noopt tot een hoger strafmaximum is mijns inziens allerminst aangetoond dat de sanctienorm van art. 282a Sr voor de terroristische gijzeling obsoleet is.<sup>86</sup> Dat brengt mijns inziens mee dat, mede in het licht van de herkomst van art. 282a Sr (implementatie van een Verdrag dat voornamelijk tot stand kwam in reactie op een gijzeling met het oogmerk de Verenigde Staten te dwingen), verlaging van de sanctienorm van art. 282a Sr tot tien of twaalf jaren gevangenisstraf goed te verdedigen zou zijn geweest. De ernstigste gevallen waar het Verdrag op ziet, zouden dan immers strafbaar zijn gesteld in art. 282b Sr. Daarmee zou weliswaar ook afgeweken zijn van de systematiek van de WTM, maar deze afwijking zou toch een stuk beperkter zijn

<sup>85</sup> Met name de gijzeling van meer dan negenhonderd theaterbezoekers in Moskou op 23 oktober 2002 en de gijzeling van twaalfhonderd personen, waaronder veel kinderen, op een school in het Zuid-Russische Beslan op 1 september 2004, beiden door Tsjetsjeense rebellen kunnen niet worden aangemerkt als rechtvaardiging voor het hogere strafmaximum. Beide acties maakte internationaal veel indruk. Of zij de visie van de wereld op het fenomeen gijzeling fundamenteel hebben veranderd, valt niet met zekerheid te zeggen. Op de sanctienorm van art. 282b Sr hebben zij echter geen invloed gehad. Ten tijde van de gijzeling in Moskou was het voorstel voor de WTM immers al ingediend (4 juli 2002). De tekst van art. 282b Sr was al vastgesteld en is sinds de indiening niet gewijzigd. Het drama in Beslan vond zelfs na de inwerkingtreding van de WTM plaats.

<sup>86</sup> Dat de strafverhoging van art. 282b Sr niet heeft plaatsgevonden in verband met veranderde opvattingen over de strafwaardigheid van de terroristische gijzeling zou ook kunnen worden afgeleid uit het feit dat de standaardstrafverhoging van de WTM is toegepast. Indien de wetgever zich reukenschap had gegeven van het feit dat de sanctienorm van art. 282a Sr reeds was afgestemd op de terroristische gijzeling en slechts de verhoogde strafwaardigheid van die gijzeling in de sanctienorm van art. 282b Sr wilde uitdrukken, zou hij naar beneden zijn afgeweken van de basissystematiek van de WTM.



geweest. Voorkomen was daarmee geweest dat een veroordeelde in de straftoemeting het terroristisch oogmerk dubbel tegengeworpen krijgt.<sup>87</sup>

## **5.4 Verdrag inzake de voorkoming en bestrafing van misdrijven tegen internationaal beschermde personen, met inbegrip van diplomaten**

De hiervoor besproken verdragen richten zich op bepaalde gedragingen die naar hun aard terroristisch zouden zijn. Het Verdrag inzake de voorkoming en bestrafing van misdrijven tegen internationaal beschermde personen richt zich uiteraard ook op bepaalde gedragingen. Echter niet de aard van de gedraging maar de hoedanigheid van het slachtoffer bepaalt hier het terroristisch karakter. Dit afwijkende perspectief vergroot het aantal gevallen waarin een enkele gedraging onder de werking van verschillende verdragen valt. Voor de toepassing van de verdragen is dat geen probleem. Voor de nationale wetgever vergroot het echter het risico op doublures, zowel binnen als tussen strafbaarstellingen.

### **5.4.1 Achtergrond, totstandkoming en inhoud**

Opnieuw zal eerst, aan de hand van een aantal incidenten, de context waarbinnen het Verdrag tot stand is gekomen worden geschetst. Vervolgens zal aandacht worden besteed aan de verplichtingen tot strafbaarstelling die het Verdrag meebrengt.

#### **5.4.1.1 Enkele incidenten**

Hiervoor werd in paragraaf 5.3.1.1 in het kader van de gijzelingen tegen de achtergrond waarvan het Internationaal Verdrag tegen het nemen van gijzelaars tot stand kwam reeds opgemerkt dat veel terroristische gijzelingsacties gericht waren tegen diplomaten. Hieronder zal in het bijzonder nog een aantal terroristische acties en aanslagen tegen diplomaten worden beschreven.

#### **Zuid-Amerika**

Tussen 1962 en 1996 speelde zich in Guatemala een bloedige conflictsituatie af. Sinds de onafhankelijkheid van het land in 1821 berustten de politieke en economische macht bij een kleine elite. Grote groepen en dan met name de inheemse Maya's leefden in hongersnood en armoede. In de jaren tussen 1944 en 1954 kwam er verbetering in hun situatie onder het bewind van Kolonel Jacobo Arbenz. Zijn regering werd in 1954 omver geworpen. Sindsdien werd het land geregeerd door verschillende extreem nationalistische en anticommunistische kolonels en generaals.

Vanzelfsprekend was er in de straatarme rurale gebieden voldoende steun te vinden voor rebellenbewegingen wier politiek communistisch geïnspireerd was. Even vanzelfsprekend was in die dagen dat de VS zich bemoeiden met de strijd tegen dergelijke groeperingen die zich in hun achtertuin (maar ook daarbuiten) afspeelden. Het regeringsleger kon zich dan ook verheugen in steun van het Amerikaanse leger die zowel bestond uit trainingen (militair en inlichtingenwerk) als in militair materieel. Het regeringsleger en verschillende burgerpatrouilles zouden zich vanaf het midden van de zestigerjaren tot 1996, en met name in de periode 1978–1985, te buiten gaan aan plunderingen, moordpartijen, foltering en verkrachtingen. Het aantal dodelijke slachtoffers

<sup>87</sup> De rechter zal de verdachte niet expliciet tweemaal het terroristisch oogmerk tegenwerpen. Voor zover bij de straftoemeting de sanctienorm als richtsnoer wordt gehanteerd krijgt de verdachte het terroristisch oogmerk wel degelijk tweemaal tegengeworpen.

en ‘vermisten’ bedraagt meer dan tweehonderdduizend waaronder veel vrouwen en kinderen. De executies betroffen vaak burgers die niets met de rebellenbewegingen te maken hadden.

Uiteindelijk wordt in 1996 door de strijdende partijen een vredesakkoord getekend.<sup>88</sup> Welke rol de Amerikanen precies gespeeld hebben in dit conflict en of zij wisten van de grootschalige mensenrechtenschendingen zal wel nooit helemaal duidelijk worden. Wel kan worden vastgesteld dat hun bijdrage, al dan niet bewust, deze mensenrechtenschendingen heeft gefaciliteerd. Tegen de achtergrond van militaire steun door de VS aan het regeringsleger kan het niet verbazen dat voor de rebellengroepen ook Amerikaanse functionarissen en symbolen een potentieel doelwit vormden.

De Amerikaanse ambassadeur in Guatemala, John Gordon Mein die in 1967 nog vol trots nieuw materieel presenteerde aan het regeringsleger, werd op 28 augustus 1968 doodgeschoten.<sup>89</sup> Leden van een groepering genaamd Fuerzas Armadas Rebeldes (FAR: Gewapende Rebellentroepen) dwongen de dienstauto van de ambassadeur van de weg en doorzeven het voertuig met een kogelregen. Toch waren niet alleen Amerikaanse functionarissen doelwit van de rebellen. In april 1970 werd het levenloze lichaam van de West-Duitse ambassadeur, Karl Graf von Spreti, gevonden in een hut net buiten Guatemala City. Hij was een week daarvoor door leden van de FAR ontvoerd. De rebellen eisten losgeld en de vrijlating van gevangenen in ruil voor de vrijlating van de ambassadeur. De regering van Guatemala weigerde echter, tot grote ergernis van de West-Duitse regering, met de rebellen te onderhandelen, waarop de rebellen de ambassadeur met twee schoten in het hoofd van het leven beroofden. West-Duitsland besloot uiteindelijk weliswaar niet alle diplomatieke betrekkingen met Guatemala te verbreken, maar deze werden wel bevroren.

Ook Brazilië kende aan het eind van de zestigerjaren een militaire dictatuur. Ook daar waren rebellengroepen die op marxistische leest geschoeid waren actief. En ook daar waren de ambassadeurs van de VS en West-Duitsland de slachtoffers. Nadat de bevolking haar burgerrechten afgenomen zag en de pers onder censuur was geplaatst, werd op 3 september 1969 de Amerikaanse ambassadeur Charles Burke Elbrick ontvoerd. De ontvoerders, leden van Movimento Revolucionário 8 de Outubro (MR-8: Revolutionaire Beweging van 8 oktober), eisten de vrijlating en vrijgeleide naar het buitenland van vijftien gevangenen en de publicatie van een politiek manifest. De Braziliaanse regering stemde toe en op 6 september vertrok een vliegtuig met de gevangenen aan boord naar Mexico. De daaropvolgende dag werd ook de ambassadeur vrijgelaten. In de daarop volgende weken organiseerde de regering een klopjacht naar de ontvoerders waarbij uiteindelijk vierduizend mensen werden aangehouden. Eén van de ontvoerders, Fernando Gabeira, wist een tijd lang uit de handen van de autoriteiten te blijven, maar werd uiteindelijk neergeschoten bij een vluchtpoging. In de gevangenis werd hij gemarteld. Hij en de andere verdachten van de ontvoering die nog vastzaten zouden later deel uitmaken van een groep van veertig gevangenen die naar Algerije werden gevlogen in ruil voor de vrijlating van de Duitse ambassadeur.

<sup>88</sup> Report of the Commission for Historical Clarification for Human Rights Violations and Violent Acts which have Caused Suffering to the Guatemalan Population (CEH), Guatemala, memory of silence, 1999.

<sup>89</sup> Andere slachtoffers waren de bevelhebber van de Amerikaanse troepen, kolonel John D. Webber jr., en militair attaché, Ernest Monroe in januari 1968.

Ambassadeur Ehrenfried von Holleben werd ontvoerd op 11 juni 1970 door leden van de Ação Libertadora Nacional (ALN: Nationale Bevrijdingsactie) en de Vanguardia Popular Revolucionaria (VPR: Populaire Revolutionaire Voorhoede). Naast de vrijgeleide van de gevangenen naar Chili, Mexico of Algerije eisten de ontvoerders ook nu weer de openbaarmaking van een politiek manifest. Opnieuw willigde de Braziliaanse regering alle eisen van de ontvoerders in. Nadat het vliegtuig met vrijgelaten gevangenen op 15 juni in Algerije was geland, werd op 16 juni de ambassadeur vrijgelaten. Bij deze ontvoering kwam overigens wel een Braziliaans veiligheidsagent om het leven. Fernando Gabeira zou overigens later terugkeren naar Brazilië waar hij gratie kreeg en congreslid werd.

### **Indonesië, Nederland en de Molukkers**

Ook Nederland bleef niet gevrijwaard van geweld tegen diplomaten. Na de Tweede Wereldoorlog werd vrij snel duidelijk dat de tijd van koloniale regimes voorbij was. Onder druk van de VN en met name de VS zag Nederland zich gedwongen Nederlands-Indië af te staan. De reeds uitgeroepen Republiek Indonesia (RI) was voor Nederland geen aanvaardbare variant. Uiteindelijk werd overeenstemming bereikt over een federatie van deelstaten. De RI was daarbinnen slechts één van de deelstaten. Kort nadat in 1949 het gezag over het voormalig Nederlands-Indië was overgedragen en de soevereine Verenigde Staten van Indonesië waren uitgeroepen, sloten steeds meer deelstaten zich aan bij de RI. Alleen in de deelstaat Negara Indonesia Timur (NIT: Oost-Indonesië) bestond veel verzet tegen aansluiting bij Jakarta. Met name de christelijke Molukkers in het gebied vreesden overheersing door de Indonesische moslim-meerderheid. De regio leek economisch ook zeer goed in staat zichzelf te bedruipen. Toen de RI troepen naar het gebied stuurde en duidelijk werd dat NIT desnoods met geweld door de RI ingelijfd zou worden riepen enkele prominente Molukse politici, die tot dan toe zitting hadden gehad in het bestuur van NIT, de Republiek Maluku Selatan (RMS: Republiek der Zuid-Molukken) uit.

De vrijheidsstrijders van de RMS waren echter geen partij voor het regeringsleger. Tezelfdertijd bevond zich in Indonesië nog een vrij grote groep Molukse oud-strijders van het Koninklijk Nederlands Indisch Leger (KNIL). Zowel in de strijd tegen de Japanse invasie als bij het herstellen van de orde na de Japanse capitulatie hebben zij Nederland trouw gediend. Uiteraard moest het KNIL worden ontbonden. De Nederlandse militairen gingen naar huis. Voor de Molukse soldaten lag het allemaal wat minder simpel. Nadat deze groep een aanbod om in dienst te treden van het Indonesisch leger naast zich neer had gelegd, werd de vraag actueel waar ze naar toe moesten. Hun eigen wens was terug te gaan naar Ambon. Omdat de regering van de RI, overigens met grond, vreesde dat zij de onafhankelijkheidsstrijd aldaar een nieuw elan zouden geven, weigerde zij deze repatriëring. Als tweede keus wezen zij Nieuw-Guinea, dat nog steeds in Nederlandse handen was, aan. Zowel de keuze voor deze plaats als de daaropvolgende weigering van de regering van de RI was gelegen in het feit dat Nieuw-Guinea grensde aan de Molukken. De regering van de RI bood vervolgens alsnog repatriëring naar Ambon, dat inmiddels onder controle van het Indonesisch leger was gebracht, aan. De militairen zien wel wat in dit aanbod, mits zij de garantie krijgen dat de Indonesische troepen aldaar hen met rust laten. Toch zal het zover niet komen. Op bevel van minister Lokollo van de RMS weigeren zij. Zij herhalen de eis naar Nieuw-Guinea gezonden te worden, of anders naar het eiland Ceram waar nog

wel gevochten werd tussen troepen van de RI en de RMS. Voor Nederland is de impasse een groot probleem omdat zij licht de indruk wekt dat Nederland onbereidwillig is in het terugtrekken van al zijn militairen uit de oud-kolonie. Uiteindelijk stemmen de militairen in met een vertrek naar Nederland.

Bedoeling van alle partijen is een tijdelijk verblijf in Nederland totdat een definitieve plaats van vestiging is gevonden. In Nederland worden de Molukkers en hun gezinnen gehuisvest in gebouwen die in onbruik zijn geraakt en zelfs in de voormalig concentratiekampen Vught en Westerbork. Een definitieve bestemming is nooit gevonden. Onder de Zuid-Molukse bevolking had tot dan toe de verwachting geleefd dat er uitzicht was op een eigen staat. De verwachting was in ieder geval geweest dat Nederland zich daar hard voor zou maken. Die verwachting werd ontleend aan de Nederlandse houding tijdens de Rondetafelconferentie waarin Nederland en de Verenigde Staten van Indonesië de soevereiniteitsoverdracht overeenkwamen<sup>90</sup>. De akkoorden die naar aanleiding van de Rondetafelconferentie tot stand kwamen, behelzen een enigszins onduidelijke bepaling over dit punt.<sup>91</sup> Onduidelijk is of deze bepaling de Zuid-Molukken ook het recht geeft uit de Verenigde Staten van Indonesië te treden. Dat staat er immers niet met zo veel woorden. In ieder geval trekt de Mensenrechtencommissie van de Economische Sociale Raad van de VN deze conclusie wel uit deze bepaling.<sup>92</sup> Dat de Molukkers verwachtten dat Nederland als partij bij deze akkoorden zich hard zou maken voor de positie van de Molukken is dan ook volledig gerechtvaardigd.

In de daaropvolgende decennia geven respectieve Nederlandse regeringen echter blijk van een totaal gebrek aan postkoloniaal verantwoordelijkheidsbesef. Over de koloniale periode als geheel kan, geplaatst in het perspectief van die tijd, verschillend worden gedacht. Nederlandse regeringen dachten echter liever helemaal niet aan die periode. Schaamte voor de uitwassen tijdens de politionele acties is zeker navoelbaar. Die schaamte heeft in de Nederlandse politiek geleid tot stilzwijgen. De koloniale periode was afgesloten en het land ging over tot de orde van de dag. In die visie was geen plaats weggelegd voor een morele verplichting jegens een bevolkingsgroep wegens trouw die juist in die periode bewezen werd.

Met name jonge Molukkers van de tweede generatie hebben het idee dat hun gemeenschap genegeerd wordt. Vanaf het einde van de zestigerjaren neemt onder hen, geïnspireerd door het succes van onder meer de IRA in het genereren van media-aandacht voor zijn politieke grieven, de bereidheid geweld te gebruiken toe. In eerste instantie richt dat geweld zich tegen Indonesië, vanaf 1975<sup>93</sup> ook tegen Nederland. Geweld tegen Indonesië in Nederland is vanzelfsprekend al snel gericht tegen diplomatieke doelen. Het geweld tegen Nederland richt zich met name tegen burgerdoelen.

<sup>90</sup> Den Haag, 23 augustus – 2 november 1949.

<sup>91</sup> United Nations – Treaty Series, nr. 894, 1950, p. 266, art. 2.

<sup>92</sup> ECOSOC 19 maart 1998, E / CN.4 / 1998 / NGO / 89 p. 4; ECOSOC 7 april 1999, E / CN.4 / NGO / 121, p. 2, 3.

<sup>93</sup> Met name het feit dat Koningin Juliana in dat jaar bij haar toespraak ter gelegenheid van de ondertekening van de onafhankelijkheid van Suriname zegt dat ieder volk recht heeft op onafhankelijkheid wekt bij de Molukkers veel ergernis.

Eind 1963 wordt op Ceram, waar de strijd nog steeds woedt, de medeoprichter en president van de RMS, mr dr Christiaan Soumokil gevangen genomen. Daarmee eindigt ook het gewapend verzet op Ceram. De regering van de RMS vestigt zich in Nederland. Nadat Soeharto in 1965 door een staatsgreep aan de macht is gekomen, wordt Soumokil ter dood gebracht in april 1966. Als reactie hierop vindt op 26 juli 1966 de eerste actie van Zuid-Molukse jongeren tegen Indonesië plaats. 's Nachts wordt brand gesticht in de Indonesische ambassade in Den Haag.

In 1970 staat een bezoek van Soeharto aan Nederland gepland. De Molukkers in Nederland dringen aan op een ontmoeting tussen Soeharto en de president van de regering van de RMS in ballingschap, Manusama. Soeharto lijkt hieraan niet mee te willen werken en stelt zijn bezoek meerdere keren uit. Om toch een ontmoeting af te dwingen wordt in de vroege ochtend van 31 augustus 1970 een aanval uitgevoerd op de woning van de Indonesische ambassadeur in Wassenaar. De ambassadeur weet te vluchten, maar zijn vrouw en kinderen, die hij dus achterlaat (!), worden tot ongeveer 17:30 uur in gijzeling gehouden. Bij de aanval wordt een Nederlandse politieagent doodgeschoten. De drieëndertig gijzelnemers komen na tussenkomst van een Molukse onderhandelaar naar buiten. Daar worden zij door de politie aangehouden. In de woning blijken vernielingen te hebben plaatsgevonden. Tevens is een geldbedrag ontvreemd. Later wordt het grootste gedeelte daarvan naar de weduwe van de doodgeschoten agent gestuurd. De bezetters worden tot gevangenisstraffen tussen drie maanden en vier jaren veroordeeld.

### 5.4.1.2 Het Verdrag

Bovengenoemde voorbeelden geven aan dat eind zestiger- en begin zeventigerjaren geweld tegen diplomaten een serieus wereldwijd probleem was. Tegen deze achtergrond werd op 14 december 1973 het Verdrag inzake de voorkoming en bestraffing van misdrijven tegen internationaal beschermde personen, met inbegrip van diplomaten voor ondertekening opengesteld. Net als de luchtvaartverdragen die binnen de Internationale Burgerluchtvaartorganisatie (ICAO), en later de Internationale Maritieme Organisatie (IMO) en het Internationaal Atoomenergieagentschap (IAEA), werden opgesteld en de verdragen die later nog onder auspiciën van de Algemene Vergadering tot stand kwamen, bevat dit verdrag een verplichting tot strafbaarstelling en de verplichting om verdachten van feiten als in het Verdrag bedoeld ofwel uit te leveren ofwel te vervolgen.

Art. 2 Verdrag geeft aan welke feiten verdragspartijen strafbaar moeten stellen. Het betreft een groot aantal gewelddadige gedragingen. Iedere enigszins serieuze vorm van geweld lijkt binnen de omschrijving van het Verdrag te vallen, mits gericht tegen een internationaal beschermd persoon en mits opzettelijk bedreven. Zo vermeldt art. 2 lid 1 onder a Verdrag *een moord, een ontvoering van of een andere aanslag op de persoon of de vrijheid van een internationaal beschermd persoon*. Onderdeel b voegt daaraan *een gewelddadige aanslag op de officiële gebouwen, de particuliere woning of het vervoermiddel van een internationaal beschermd persoon, zodanig dat daardoor zijn persoon of vrijheid in gevaar wordt gebracht*, toe. De onderdelen c, d en e bepalen dat ook bedreiging met, poging tot en medeplichtigheid bij en tot de betreffende gedragingen strafbaar gesteld moeten worden.

De beperking van de werking van het Verdrag ligt in de definitie van *internationaal beschermd persoon* in art. 1 van het Verdrag. Als zodanig worden in de eerste plaats staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken aangemerkt. Die status genieten zij echter alleen wanneer zij zich in het buitenland bevinden. Ook de gezinsleden die hen vergezellen, worden dan als internationaal beschermd persoon beschouwd (art. 1 lid 1 onder a Verdrag). Daarnaast betreft het vertegenwoordigers of functionarissen van een Staat of van een internationale intergouvernementele organisatie die, op de tijd en plaats van het Verdragsfeit, op grond van internationaal recht bijzondere bescherming verdienen tegen een aanslag op hun persoon, vrijheid of waardigheid. Afgeleid hiervan genieten hun inwonende gezinsleden dezelfde status (art. 1 lid 1 onder b Verdrag). De definitie van internationaal beschermd persoon beperkt de werking van het Verdrag aldus in twee opzichten. Allereerst komt de status slechts een zeer beperkt aantal personen toe. Daarnaast genieten deze personen deze status slechts op bepaalde plaatsen en tijden. Die plaatsen en tijden garanderen direct de internationale dimensie die de mondiale terrorismeverdragen stevast eisen. Zo geniet onze Koningin slechts de status van het Verdrag indien zij in het buitenland verblijft. Voor bijvoorbeeld de Nederlandse ambassadeur in Duitsland is de bescherming nog enger omschreven. Als hij in België met vakantie is, heeft hij niet de status van internationaal beschermd persoon.

#### 5.4.1.3 Terrorisme

Het woord terrorisme of enige aanverwante variatie daarop komt in de tekst of preambule van het Verdrag niet voor. Het was het eerste verdrag dat in de Algemene Vergadering van de VN tot stand kwam.<sup>94</sup> De oorzaak daarvoor lijkt er opnieuw in te moeten worden gezocht dat de term terrorisme nog onvoldoende was ingeburgerd in de terminologie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties om in de tekst van een verdrag te worden neergelegd.<sup>95</sup>

Net als de verdragen en het Protocol ter bescherming van de veiligheid van de burgerluchtvaart wordt ook het onderhavige Verdrag genoemd in de bijlage bij het Internationaal Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme.<sup>96</sup> Daarin is dus wel degelijk een aanwijzing gelegen voor de stelling dat het Verdrag tot stand gekomen is ter bestrijding van bepaalde manifestaties van internationaal terrorisme.

Ook de achtergrond waartegen het verdrag tot stand is gekomen duidt erop dat het Verdrag bedoelt terroristische feiten tegen diplomaten te bestrijden. Het Verdrag moet dan ook worden gezien als een internationaal instrument ter bestrijding van internatio-

<sup>94</sup> Dat dit mede op initiatief van Nederland gebeurde, zal in het licht van het bovenstaande niet verbazen.

<sup>95</sup> De term terrorisme duikt binnen de Algemene Vergadering van de VN voor het eerst op in Resolutie 3034 van 18 december 1972 naar aanleiding van het drama op de Olympische Spelen van München dat zelfde jaar. In de luchtvaartverdragen werd de term niet gebruikt. Mogelijk dat het opnemen van de term *terrorisme* politiek nog niet haalbaar of ongewenst werd geacht. Het onderhavige Verdrag dateert van december 1973 en is dus een jaar jonger dat de zojuist bedoelde resolutie. De term terrorisme werd wel gebruikt in het hiervoor besproken gijzelaarsverdrag. Dat Verdrag dateert echter van 1979. Mogelijk dat de politieke bezwaren tegen het gebruik van de term *terrorisme* in de preambule van verdragen die in de Algemene Vergadering zijn geconcipieerd in de tussenliggende periode zijn verdwenen.

<sup>96</sup> Dat zou, als gezegd, ook een gevolg kunnen zijn van het feit dat eerst later de relatie is gelegd tussen het Verdrag en de betreffende verdragsfeiten.

naal terrorisme. Hieronder zal in ieder geval blijken dat de Nederlandse wetgever het Verdrag als zodanig heeft beschouwd.

### 5.4.2 Nederlandse implementatie

De implementatie van het Verdrag heeft lang op zich laten wachten. De uitvoeringswet<sup>97</sup> is ruim vijftien jaar na de totstandkoming op 5 januari 1989 inwerking getreden. In de tussenliggende periode wordt Nederland nog met een aantal geruchtmakende gevallen van geweld tegen diplomaten geconfronteerd. Naast de gijzelingen van diplomatiek personeel die in paragraaf 5.3.1.1 werden besproken was er nog de aanslag op de Britse ambassadeur door de IRA. Op 22 maart 1979 worden de Britse ambassadeur sir Richard Sykes en zijn Nederlandse assistent Karel Straub voor het huis van de ambassadeur aan het Westeinde in Den Haag door een tweetal schutters neergeschoten. De chauffeur van de ambassadeur rijdt hen nog naar het ziekenhuis, maar het mag niet baten. De twee overlijden kort na elkaar vlak na hun aankomst in het ziekenhuis.

#### 5.4.2.1 Nieuwe strafbepalingen

De feiten die art. 2 Verdrag noemt, waren allemaal reeds strafbaar. Het gaat bij dit Verdrag immers om (bedreiging met) geweld dat (die) jegens een ieder strafbaar is gesteld. Het Verdrag verplicht er slechts toe die gedragingen (ook) ten aanzien van een bepaalde categorie personen in het bijzonder strafbaar te stellen en deze feiten met strenge straffen die recht doen aan de ernst van die feiten te bedreigen.

Ten aanzien van sommige feiten waarvan het Verdrag de strafbaarstelling verlangt, bestonden reeds strengere strafbepalingen. Uit de memorie van toelichting kan worden afgeleid dat deze bepalingen (die niet zijn of behoefde te worden aangepast) geacht moeten worden voor de personen die erin genoemd worden in strafbaarstelling van de betreffende gedragingen te voorzien.<sup>98</sup> Het betreft dan de art. 108, 109, 115 en 116 Sr. Deze bepalingen en de doublures die daarvoor zijn ontstaan werden reeds in de paragrafen 4.4.2, 4.4.3 en 4.5.1.2 besproken. Op deze plaats zullen zij niet opnieuw aan de orde komen.

#### Noodzaak

Niettegenstaande de bestaande strafbepalingen waarin de verdragsfeiten reeds strafbaar waren gesteld, achtte de wetgever het noodzakelijk enkele nieuwe strafbepalingen te introduceren. De conclusie lijkt geen andere te kunnen zijn dan dat die noodzaak verband houdt met het feit dat de Nederlandse sanctienormen onvoldoende toegesneden zijn op de specifieke karakteristieken van de feiten waarop het Verdrag ziet.

Om uitvoering te kunnen geven aan de verplichtingen met betrekking tot het mogelijk maken van uitlevering en met betrekking tot het vestigen van rechtsmacht was het immers niet nodig specifieke strafbepalingen in te voegen. Ten aanzien van enkele van de andere mondiale verdagen ter bestrijding van internationaal terrorisme is bij de implementatie van deze verplichtingen gewoon rechtsreeks naar het feit in het betreffende verdrag verwezen.<sup>99</sup> De rechtsmacht berust dan per definitie op het Verdrag.<sup>100</sup>

<sup>97</sup> Stb. 1988, 276.

<sup>98</sup> TK 1983-1984, 18349, nrs. 1-3, p. 15.

<sup>99</sup> Art. 552hh lid 2 Sv. Ten aanzien van de in deze bepaling genoemde feiten ontstaat onder de aldaar genoemde omstandigheden de rechtsmacht van art. 4a Sr. Uitgebreider hierover: Lintz, Internationaal terrorisme en Nederlandse rechtsmacht, o.c., p. 383, 384.

<sup>100</sup> Y.G.M. Baaijens-van Geloven, in: A.L. Melai, het Wetboek van strafvordering, aant. 3 en 5 bij

Ook is wel gekozen voor de aanwijzing van bepaalde feiten met de toevoeging *voor zover het feit valt onder de omschrijvingen van art. (...) van het op (...) te (...) totstandgekomen Verdrag (...)*<sup>101</sup>.

De noodzaak van de nieuwe strafbepalingen volgt dan dus uit het feit dat de wetgever van oordeel is dat met de sanctienormen in de bestaande strafbepalingen niet wordt voldaan aan de verplichting om op de verdragsfeiten *passende straffen, rekening houdend met het ernstige karakter van die misdrijven*, te stellen (art. 2 Verdrag). Gegeven het feit dat Nederland in een betrekkelijk kort tijdsbestek geconfronteerd werd met relatief veel daden van geweld tegen diplomaten valt een heroverweging van de bestaande strafbepalingen en de daarin opgenomen sanctienormen goed te billijken. Het feit dat, zoals ook het Verdrag benadrukt, diplomaten aan het internationale recht bijzondere bescherming tegen een aanslag op hun persoon, vrijheid en goederen ontnemen, maakt dat aparte strafbepalingen met hogere maximumstraffen wellicht ook wel in de rede liggen.

In zekere zin past dit ook wel in het Nederlandse strafrecht. Aanslagen op het leven of de vrijheid en feitelijke aanrandingen van de persoon van bevriende staatshoofden werden immers in de art. 115 en 116 Sr al met hogere straffen bedreigd dan dezelfde aanslagen tegen en aanrandingen van de persoon van gewone burgers. Ter bescherming van deze categorie internationaal beschermde personen bestonden dus reeds voor de implementatie van het Verdrag strengere strafbepalingen. Alleen werd daarbij dan geen onderscheid gemaakt tussen de situaties waarin deze personen wel en waarin zij niet de hoedanigheid van internationaal beschermd persoon in de zin van het Verdrag bezaten. Hun bijzondere bescherming gold altijd, zij het dat Nederland vaak geen rechtsmacht had als de aanslag buiten Nederland plaatsvond. En in Nederland zijn staatshoofden van bevriende staten altijd wel internationaal beschermde personen in de zin van het Verdrag.

### Algemene uitgangspunten

De Nederlandse implementatie van het Verdrag zoekt aansluiting bij het Verdrag. De nieuw in te voeren bepalingen beogen dus geen ruimere strafbaarstelling dan waartoe het Verdrag verplicht. Het begrip internationaal beschermd persoon vormt volgens de memorie van toelichting bij de uitvoeringswetgeving een probleem.<sup>102</sup> De verschillende complicaties, die hier overigens buiten beschouwing blijven, hebben de wetgever ertoe gebracht het voornemen om het begrip internationaal beschermd persoon in de uitvoeringswet zo precies mogelijk te omschrijven te laten varen. Gekozen wordt voor

---

art. 552t-552h Sv; Y.G.M. Baaijens-van Geloven, Aantekeningen bij recente uitbreidingen van rechtsmacht in het Wetboek van Strafrecht, in: Groenhuijsen en Simmelink (red.), *Glijdende Schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, o.c., p. 13.

<sup>101</sup> Art. 4 onder 13 en onder 14 Sr. Ten aanzien van de in deze bepalingen genoemde feiten heeft Nederland rechtsmacht als zij in het buitenland zijn begaan indien het feit is begaan tegen een Nederlander of indien de verdachte zich in Nederland bevindt. Uitgebreider hierover: Baaijens-van Geloven, Aantekeningen bij recente uitbreidingen van rechtsmacht in het Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 9-13; Lintz, *Internationaal terrorisme en Nederlandse rechtsmacht*, o.c., p. 382, 383. Art. 51a lid 2 *Uitleveringswet* maakt het mogelijk om uit te leveren aan staten waarmee geen specifieke uitleveringsrelatie bestaat. De mogelijkheid bestaat ten aanzien van feiten waarvan de strafbaarstelling wordt voorgeschreven door verdragen die tevens bepalen dat zij zelf als juridische grondslag voor uitlevering kunnen dienen en onder voorwaarde dat de staat waaraan wordt uitgeleverd ook partij is bij het betreffende verdrag.

<sup>102</sup> TK 1983-1984, 18437 (R 1260), mrs. 1-3, p. 12-14.



een verwijzing naar het Verdrag in art. 87b Sr. Het eerste lid verwijst voor de uitleg van het begrip internationaal beschermd persoon naar het eerste lid van art. 1 Verdrag. Het tweede lid verwijst naar art. 2 lid 1 onder b Verdrag voor de betekenis van het begrip internationaal beschermd object.<sup>103</sup> Voor nadere precisering dienen degenen die de uitvoeringswet moeten toepassen te rade te gaan bij de inventarisatie uit de memorie bij de goedkeuringswet. Daarbij wordt onmiddellijk onderkend dat die memorie niet bindend is. Zij kan wel voor enig houvast zorgen.<sup>104</sup>

Een volgende vraag waarop in de uitvoeringswetgeving een antwoord gegeven moet worden, heeft betrekking op de eis in art. 2 Verdrag dat de gedragingen opzettelijk begaan moeten zijn. Hoeft dat opzet slechts betrekking te hebben op het misdrijf of moet het tevens zien op de status van het slachtoffer? Volgens de Britse uitvoering van het Verdrag is het irrelevant of de dader weet heeft van de status van zijn slachtoffer. In de Duitse implementatie wordt deze wetenschap wel verlangd. De opzeteis gaat niet verder dan dat. Met name wordt niet vereist dat het slachtoffer juist gekozen werd omdat hij een andere staat of internationale organisatie vertegenwoordigde. De Nederlandse uitvoering van het Verdrag volgt in dit opzicht de Duitse. Het opzet moet op het treffen van de internationaal beschermd persoon in die hoedanigheid zijn gericht. Dat komt in de tekst van de voorgestelde art. 117-117b Sr dan ook tot uitdrukking.<sup>105</sup>

### Art. 117 Sr

De art. 117 en 117a Sr hebben betrekking op daden van geweld tegen de internationaal beschermde persoon zelf. Art. 117 lid 1 Sr bedreigt de aanslag op het leven of de vrijheid van een internationaal beschermd persoon met een gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren. Volgens art. 79 Sr is sprake van *aanslag tot een feit (...) zodra het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering, in de zin van artikel 45, heeft openbaard*. Dit brengt mee dat van een aanslag in de zin van art. 117 Sr sprake is zodra de poging tot een feit tegen het leven of de vrijheid van de internationaal beschermde persoon is aangevangen. Voor de kwalificatie als en de strafbaarheid van aanslag is in algemene zin irrelevant wat het resultaat van deze aanslag is geweest.<sup>106</sup> Waar dus strafbaarheid wegens poging vervalt wanneer het delict is voltooid, blijft in geval van aanslag bij voltooiing gewoon sprake van een aanslag. Het verschil in strafmaximum verdwijnt dus. Art. 117 Sr wijkt, net als de meeste andere strafbaarstellingen van aanslag, op (schijnbaar) goede gronden gedeeltelijk af van deze algemene regel.

Het tweede lid van art. 117 Sr bepaalt immers dat de aanslag op het leven met levenslange gevangenisstraf wordt bestraft indien hij de dood tot gevolg heeft of met voorbedachten rade wordt ondernomen. Op het eerste gezicht is deze bepaling logisch en wellicht zelfs nodig. Op een voltooid doodslag staat vijftien jaren (287 Sr). Het kan niet zo zijn, zeker niet in het licht van de achtergrond en doelstellingen van het onderhavige Verdrag, dat de geslaagde aanslag op een diplomaat leidt tot een strafmaximum van twaalf jaren terwijl dezelfde gedraging ten aanzien van ieder willekeurig burger wordt bestraft met vijftien jaren. Hetzelfde geldt voor de voorbedachten rade.

<sup>103</sup> Het tweede lid is later vernummerd tot derde lid omdat voor de uitvoering van het Verdrag inzake de veiligheid van VN-personeel en geassocieerd personeel (Trb. 1996, 62) in een nieuw tweede lid de omschrijving van een tweede soort internationaal beschermd persoon is neergelegd.

<sup>104</sup> TK 1983-1984, 18439, nrs 1-3, p. 9, 10.

<sup>105</sup> TK 1983-1984, 18439, nrs 1-3, p. 10, 11.

<sup>106</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, o.c., aant. 3 bij art. 79 Sr.

Poging tot moord kan worden bestraft met ten hoogste vijftien jaren (art. 289 j° art. 45 lid 3 Sr). Dat deze poging slechts met twaalf jaren zou moeten kunnen worden bestraft als zij zich richt tegen een diplomaat kan niet worden uitgelegd. We zagen hiervoor reeds dat de nieuwe strafbepalingen een strafverhoging beoogden. Dat het tweede lid dus de mogelijkheid opent om levenslange gevangenisstraf op te leggen voor feiten die zonder het voorgestelde art. 117 Sr reeds met vijftien jaren gevangenisstraf werden bedreigd, valt zeker te billijken.

### Art. 117a Sr

Naar het model van art. 116 Sr is in art. 117a Sr bepaling straf gesteld op *elke feitelijke aanranding van de persoon van een internationaal beschermd persoon, die niet valt in een zwaardere strafbepaling*. Het misdrijf kent een sanctienorm van drie jaren gevangenisstraf. Daarmee wijkt de bepaling tegelijkertijd af van art. 116 Sr. Op dat misdrijf is immers zes jaren gevangenisstraf gesteld. De feitelijke aanranding van de persoon van de internationaal beschermd persoon die deze status ontleent aan zijn hoedanigheid van vreemd staatshoofd die niet in een zwaardere strafbepaling valt, moet dus worden bestraft op grond van art. 116 Sr.

Art. 117a Sr is een logische restbepaling die verzekert dat ook gewelddadige handelingen waarop weinig of zelfs geen straf is gesteld, worden bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren. De redactie zoekt niet alleen aansluiting bij die van art. 116 Sr maar in zekere zin ook bij de omschrijving van art. 1 lid 1 onder a Verdrag. Die bepaling noemt immers naast moord en ontvoering *een andere aanslag op de persoon of de vrijheid*. Art. 117 Sr stelt aanslagen op de vrijheid strafbaar maar beperkt zich ten aanzien van aanslagen op de persoon tot aanslagen op het leven. Andere aanslagen op de persoon vallen dan dus binnen het bereik van art. 117a Sr of van de toepasselijke delictsommschrijving van een geweldsmisdrijf met een hoger strafmaximum. Het bereik van de bepaling is door het subsidiaire karakter ervan zeer beperkt. De meeste gewelddadige handelingen zijn immers met meer straf bedreigd.

### Art. 117b Sr

De derde strafbepaling die ter implementatie van het Verdrag in het Wetboek is opgenomen, is art. 117b Sr. De opzettelijke geweldpleging tegen de beschermde goederen van een internationaal beschermd persoon kan, indien daardoor gevaar voor de veiligheid of de vrijheid van die persoon te duchten is, worden bestraft met zeven (thans acht jaren) gevangenisstraf. Bij de vaststelling van de sanctienorm is met name gelet op de sanctienorm van art. 141 Sr met betrekking tot geweldpleging tegen en vernieling van goederen.<sup>107</sup> Kennelijk vanwege de bijzondere status van de betreffende goederen en het gevaar voor de functionaris is bij de sanctienorm van het tweede lid onder 1 van art. 141 Sr een jaar opgeteld. In tegenstelling tot art. 141 Sr eist de onderhavige bepaling niet dat het geweld openlijk werd gepleegd.<sup>108</sup> Voor de inhoud van het begrip beschermde goederen verwijst art. 87a lid (2 thans lid) 3 Sr naar art. 2 lid 1 onder b Verdrag. Die bepaling bevat een verplichting tot strafbaarstelling waarop de tekst van art. 117b Sr overduidelijk is geïnspireerd. Art. 2 lid 1 onder b Verdrag heeft, zoals hiervoor bleek, betrekking op officiële gebouwen, de particuliere woning of het vervoermiddel van de internationaal beschermd persoon. Het bestanddeel *opzettelijk* heeft

<sup>107</sup> TK 1983–1984, 18439, nrs. 1–3, p. 15.

<sup>108</sup> Noyon, Langemeijer, Remmelink, o.c., aant. 3 bij art. 117b Sr.

betrekking op de status van de goederen en, net als bij de gemeengevaarlijke misdrijven, niet op het gevaar dat daarvan te duchten is. Voor veroordeling wegens art. 117b Sr is dus vereist dat de dader wist dat het betreffende goed een beschermd goed van een internationaal beschermd persoon was.<sup>109</sup> Dat er gevaar voor de veiligheid van deze persoon zou ontstaan hoeft hij niet voorzien te hebben.

#### 5.4.2.2 Terrorisme

De memorie van toelichting bij de goedkeuringswet stelt dat bedenkingen die tegen de opzet en formulering van het Verdrag kunnen worden ingebracht goeddeels debet aan het lange tijdsverloop tussen de totstandkoming van het Verdrag en de totstandkoming van de uitvoeringswetgeving zijn geweest. De inhoud van die bedenkingen en hun houdbaarheid zullen hier verder buiten beschouwing blijven.

Uiteindelijk is het standpunt van de regering evenwel dat met verklaringen en voorbehouden een situatie kan worden bereikt waarin de voordelen van toetreding tot het Verdrag de nadelen in belang overtreffen. Dit standpunt wordt met name ingegeven door de aard van het fenomeen dat het Verdrag beoogt te bestrijden en de manifestaties hiervan in de jaren voorafgaand aan de uitvoeringswetgeving. Daarbij verwijst de toelichting naar een aantal incidenten dat zich in meerderheid na de inwerkingtreding van het Verdrag heeft voorgedaan. Allereerst betreft dat de gijzeling van het Amerikaanse ambassadepersoneel in Teheran die in paragraaf 5.3.1.1 reeds aan de orde kwam. Daarnaast wordt de aandacht nog eens gevestigd op het geweld tegen diplomaten dat zich in Nederland heeft afgespeeld, waaraan hierboven reeds werd gerefereerd. De conclusie die de regering hieruit trekt, is dat het betreffende verschijnsel sinds de totstandkoming van het Verdrag niet is teruggedrongen. Sterker, noch het Verdrag noch de oproep van de Algemene Vergadering van de VN aan staten om toe te treden tot het Verdrag heeft kunnen voorkomen dat geweld tegen diplomaten onverminderd doorgegaan is.<sup>110</sup> Om die reden is de Nederlandse regering de mening toegedaan *dat harerzijds niets mag worden nagelaten dat zou kunnen bijdragen tot een bestrijding en mogelijke uitbanning van dit soort met het internationale recht strijdige praktijken*.<sup>111</sup>

Dat de regering het onderhavige Verdrag ziet als een instrument om het internationaal terrorisme te bestrijden blijkt zonneklaar uit een aantal passages in de memorie van toelichting bij de goedkeuringswet. Zo wordt er in de eerste zin van de inleiding van de toelichting gewezen op het feit dat aanslagen tegen internationaal beschermde personen *dikwijls met politieke motieven gepleegd* worden. Tevens stelt de memorie dat het onderwerp bescherming van internationaal beschermde personen sinds de *terreurdaden van Palestijnen* tegen de Israëlische atleten op de Olympische Spelen van München in september 1972 (ten onrechte aangeduid als 1982) belast is met een nieuw onderwerp: *de bestrijding van internationaal terrorisme*. Het onderhavige Verdrag is dan ook mede tot stand gekomen als gevolg van de inspanningen van de Ad Hoc Commissie inzake terrorisme.<sup>112</sup>

<sup>109</sup> TK 1983–1984, 18439, nrs. 1–3, p. 10.

<sup>110</sup> TK 1983–1984, 18437 (R 1260), nrs. 1–3, p. 5–10.

<sup>111</sup> TK 1983–1984, 18437 (R 1260), nrs. 1–3, p. 6.

<sup>112</sup> TK 1983–1984, 18437 (R 1260), nrs. 1–3, p. 3, 4.

De wetgever zag het Verdrag dus expliciet als een verdrag ter bestrijding van terrorisme. Het feit dat hij meende met de uitvoeringswetgeving aan de verplichting van art. 2 lid 2 Verdrag (het vaststellen van passende sanctienormen die recht doen aan de ernst van de betreffende feiten) voldaan te hebben, brengt mee dat de sanctienormen van deze bepalingen geacht moeten worden afgestemd te zijn op de ernst en de gevaren van terroristische misdrijven tegen internationaal beschermde personen. Voor strafverhoging op de enkele grond dat deze misdrijven kunnen worden begaan als terroristische misdrijven in de zin van art. 83 Sr is dan geen plaats meer.

### 5.4.3 Verhouding met de WTM

Met de inwerkingtreding van de WTM zijn de art. 120a en 120b Sr aan het Wetboek van Strafrecht toegevoegd. Deze bepalingen zien juist op die strafbepalingen waarvan hiervoor is vastgesteld dat zij aan het eind van de tachtigerjaren tot stand gekomen zijn om te voldoen aan de verplichting van art. 2 lid 2 Verdrag. De enkele aanwezigheid van het terroristisch oogmerk kan de strafverhoging dan niet rechtvaardigen. Dat oogmerk is, zoals in dit hoofdstuk keer op keer blijkt, niets nieuws, het was alleen niet als bestanddeel in de relevante strafbepalingen opgenomen. De sanctienorm was wel degelijk naar aanleiding van hetzelfde soort feiten vastgesteld.

De vraag moet dan dus zijn wat er sinds de inwerkingtreding van de strafbepalingen die naar aanleiding van de verdragen tot stand gekomen zijn, veranderd is met betrekking tot gedragingen die door de betreffende strafbepaling bestreken worden dat de strafverhoging gerechtvaardigd kan worden.

Verwijzingen naar 11 september 2001 schieten daarbij op zichzelf te kort. Net als ten aanzien van gijzelingen moet ten aanzien van de misdrijven tegen internationaal beschermde personen worden vastgesteld dat die rechtvaardiging door de wetgever niet gegeven is. En ook hier is het maar zeer de vraag of zij gevonden kan worden. Mij zijn in ieder geval geen aanslagen op vreemde staatshoofden of gezinsleden van ons staatshoofd bekend die sinds de inwerkingtreding van de uitvoeringswet van het Verdrag (4 januari 1989) hebben plaatsgevonden en die onze visie op de strafwaardigheid van dergelijke aanslagen fundamenteel hebben beïnvloed.<sup>113</sup> Ook hier geldt dat als de wetgever zich bij de vaststelling van de WTM bewust geweest van het feit dat het terroristisch element reeds in de toepasselijke sanctienormen was verdisconteerd en hij slechts uitdrukking wilde geven aan een veranderde opvatting omtrent deze terroristische misdrijven dat een geringere strafverhoging dan de standaardstrafverhoging van de WTM aangewezen zou zijn geweest.

Nu de wetgever ook hier weer zonder nadere motivering de standaardstrafverhoging van de WTM heeft toegepast moet worden aangenomen dat voor deze strafverhoging geen grond bestaat.

<sup>113</sup> De moordaanslag op de Israëlische premier Rabin in november 1995 kan bezwaarlijk als zodanige aanslag gelden nu Rabin regeringsleider en geen staatshoofd was (art. 115 Sr is op regeringsleiders niet van toepassing). Overigens werd Rabin in Tel Aviv doodgeschoten zodat hij niet als internationaal beschermd persoon in de zin van het Verdrag gold (ook art. 117 Sr is op die moord niet van toepassing).

### 5.4.3.1 Sanctienormen van verdragsfeiten met terroristisch oogmerk

Conform de basissystematiek van de WTM verhoogt art.120a de sanctienormen van deze bepalingen met de helft wanneer het feit werd begaan met een terroristisch oogmerk. Indien op het feit reeds vijftien jaren gevangenisstraf staat, wordt de ten hoogste op te leggen gevangenisstraf levenslang of dertig (destijds twintig) jaar.<sup>114</sup>

Voor art. 117 lid 1 Sr betekent de inwerkingtreding van de WTM dat de aanslag op het leven of de vrijheid van andere internationaal beschermde personen met achttien jaren gevangenisstraf kan worden bestraft indien het feit werd begaan met een terroristisch oogmerk. Dat onderdeel van de bepaling bevat dus een doublure. De verhoogde sanctienorm lijkt niet te kunnen worden gerechtvaardigd. In ieder geval is dat niet gebeurd. Voor de aanslag op het leven die met voorbedachten rade is ondernomen of die de dood ten gevolge heeft, kon de sanctienorm niet worden verhoogd. De aanwezigheid van het terroristisch oogmerk heeft voor de sanctienorm van dat tweede lid dus geen betekenis.

Het misdrijf van art. 117a Sr te begaan met een terroristisch oogmerk wordt volgens art. 120a Sr bedreigd met een gevangenisstraf van viereneenhalf jaren. Die strafverhoging is bij de totstandkoming van de WTM niet gemotiveerd. Daarmee wordt het toepassingsbereik van deze bepaling mogelijk uitgebreid. Art. 117a Sr wordt immers niet toegepast wanneer de feitelijke aanranding van de persoon tevens binnen het bereik van een strengere strafbepaling komt. Het misdrijf van art. 117a Sr wordt bedreigd met een gevangenisstraf van drie jaren. Dat brengt mee dat zelden tot nooit geen zwaardere strafbepaling van toepassing zal zijn. Alleen de meest eenvoudige mishandeling wordt niet met een zwaardere straf bedreigd. Daarop staat ook drie jaren gevangenisstraf (art. 300 lid 1 Sr). Zodra die mishandeling zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft gehad (art. 300 lid 2 Sr) of met voorbedachten rade werd gepleegd (301 lid 1 Sr) kan een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren worden opgelegd. Die straf kan niet worden verhoogd indien het feit met een terroristisch oogmerk wordt gepleegd. Mishandeling kan immers niet als terroristisch misdrijf worden begaan. Wordt een dergelijk feit nu begaan tegen een internationaal beschermd persoon als bedoeld in art. 117a j° art. 87b lid 1 Sr met een terroristisch oogmerk dan kan viereneenhalf jaren gevangenisstraf worden bestraft wegens het feit van art. 117a Sr begaan met een terroristisch oogmerk. Dat toegenomen bereik is een gevolg van het feit dat de toepasselijke sanctienorm een doublure bevat.

De sanctienorm van het misdrijf van art. 117b Sr wordt verhoogd tot twaalf jaren indien het feit is begaan met een terroristisch oogmerk (art. 120a Sr). Saillant detail bij deze bepaling is dat de sanctienorm van acht jaren voor het misdrijf van art. 117b Sr begaan zonder terroristisch oogmerk was vastgesteld bij de uitvoeringswet van het Internationaal Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme.<sup>115</sup> Daarvoor werd het feit bedreigd met zeven jaren gevangenisstraf. De strafverhoging was slechts

<sup>114</sup> Het feit dat alleen het eerste lid van de art. 108 en 117 Sr wordt genoemd, betekent niet dat het misdrijf van het tweede lid van deze bepalingen geen terroristisch misdrijf kan zijn of dat het terroristisch oogmerk bij deze feiten geen rol zou spelen. Bij dat tweede lid is voor strafverzwaring geen ruimte omdat deze feiten reeds met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd. Dat deze misdrijven wel degelijk terroristische misdrijven kunnen zijn, blijkt uit art. 83 onder 1° Sr. De relevantie daarvan houdt met name verband met de toepassing van art. 140a Sr.

<sup>115</sup> Wet van 21 december 2001, Stb. 2001, 675; inwerkingtreding 1 januari 2002.

ingegeven door de noodzaak om de voorbereiding in de zin van art. 46 Sr tot dit feit strafbaar te doen zijn.<sup>116</sup> Die strafverhoging was daarmee enigszins oneigenlijk. Art. 46 Sr eist voor de strafbaarheid van voorbereiding dat het misdrijf dat wordt voorbereid, bedreigd wordt met een gevangenisstraf van tenminste acht jaren. Die eis bedoelt te verzekeren dat de verregaande strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen beperkt blijft tot misdrijven waarvoor dat, gezien hun ernst, gerechtvaardigd kan worden geacht. Wanneer wordt aanvaard dat sanctienormen tot acht jaren worden verhoogd met het enkele doel om de voorbereiding van het betreffende misdrijf strafbaar te doen zijn, verliest deze beperkende voorwaarde van art. 46 lid 1 Sr haar betekenis. Sanctienormen mogen slechts worden verhoogd indien de ernst en de strafwaardigheid van het betreffende misdrijf die verhoging kunnen rechtvaardigen. Eerlijkheidshalve moet wel worden opgemerkt dat de minister in de memorie van toelichting bij het voorstel voor art. 46 Sr expliciet opmerkte dat de verhoging van sanctienormen van concrete delicten ten einde de voorbereiding tot die delicten strafbaar te doen zijn in de toekomst mogelijk moest zijn.<sup>117</sup> Die opmerking legitimeert dergelijke verhogingen evenwel niet zonder meer.

In dit concrete geval kan voor die verhoging overigens wel enig begrip worden opgebracht. De verhoging hield verband met de strafbaarstelling van de financiering van terrorisme waartoe Nederland krachtens het Internationaal Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme verplicht is. Als financiering van terrorisme in de zin van dit Verdrag gelden onder meer de feiten die in de verdragen die in dit hoofdstuk centraal staan worden omschreven. De financieringshandeling is volgens de wetgever een voorbereidingshandeling in de zin van art. 46 Sr.<sup>118</sup> De wetgever had, gezien deze verdragsverplichting en in het licht van de weigering van de minister om de financiering van terrorisme zelfstandig strafbaar te stellen<sup>119</sup>, geen andere keuze dan de voorbereiding tot het misdrijf van art. 117b Sr strafbaar te stellen. Dat hij dit heeft gedaan door een geringe verhoging van de sanctienorm van het misdrijf van art. 117b Sr kan onder die omstandigheden wellicht worden gebillijkt. Het voorgaande brengt mee dat de sanctienorm van het misdrijf van art. 117b Sr te begaan met een terroristisch oogmerk twaalf jaren bedraagt, terwijl die sanctienorm op geen andere feiten of omstandigheden is gebaseerd dan die waarvoor de oorspronkelijke sanctienorm van zeven jaren was vastgesteld. Dat behelst een aanzienlijke strafverhoging waarvoor (afgezien van de verhoging van zeven naar acht jaren gevangenisstraf) geen enkele deugdelijke motivering is aangedragen.

#### 5.4.3.2 Samenspanning tot het verdragsfeit van art. 117 Sr

Hiervoor kwam reeds verschillende keren aan de orde dat met de inwerkingtreding van de WTM de samenspanning tot alle terroristische misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd strafbaar is gesteld. Dat geldt ook indien de betreffen-

<sup>116</sup> TK 2001–2002, 28031, nr. 6, p. 2.

<sup>117</sup> TK 1990–1991, 22268, nr.3, p. 15.

<sup>118</sup> TK 2001–2002, 28031, nr.3, p. 2.

<sup>119</sup> TK 2001–2002, 28031, nr.3, p. 4, TK 2001–2002, 28031, nr. 5, p. 4–6. Over deze keuze van de minister kan in ieder geval worden opgemerkt dat zij in die zin onjuist is dat op deze wijze niet volledig aan de verdragsverplichtingen wordt voldaan. Het Verdrag verplicht er in art. 2 lid 4 toe om ook de poging tot de financiering van terrorisme strafbaar te stellen. Omdat poging tot de voorbereiding in de zin van art. 46 Sr niet strafbaar is, voldoet Nederland in ieder geval niet aan deze verdragsverplichting voor zover de financieringshandeling slechts als voorbereiding in de zin van art. 46 Sr strafbaar gesteld is.

de samenspanning slechts betrekking heeft op het grondfeit terwijl de levenslange gevangenisstraf slechts kan worden opgelegd indien een bepaald strafverzwarend gevolg is ingetreden waarop de samenspanning dus geen betrekking had.

Ten aanzien van art. 117 Sr gaat de WTM echter nog een stap verder. Met art. 120b j° art. 1120a j° art. 117 lid 1 Sr wordt namelijk ook strafbaarheid geschapen voor de samenspanning tot een terroristisch misdrijf waarop nimmer levenslange gevangenisstraf is gesteld, te weten de aanslag op de vrijheid van een internationaal beschermd persoon. Ten aanzien van dat feit bestaan immers geen strafverzwarende omstandigheden. Het betreft hier eigenlijk hetzelfde probleem als hierboven in de paragrafen 3.5.3.1 en 4.5.1.2 in verband met de art. 114b, 120b en 176b Sr aan de orde kwam.

Het tweede lid van art. 117 Sr ziet immers slechts op aanslagen op het leven. Ongeacht de gevolgen van de aanslag op de vrijheid blijft de straf volgens art. 117 Sr dezelfde, te weten achttien jaren indien het feit is begaan met een terroristisch oogmerk. Onduidelijk is of hier sprake is van een onopgemerkte vergissing of dat de afwijking van het systeem volgt uit de principiële keuze dat ten aanzien van de verschillende categorieën internationaal beschermde personen dezelfde handelingen strafbaar moeten zijn.

Dat sprake is van een ommissie lijkt het meest voor de hand te liggen. In paragraaf 3.5.3.1 werd ten aanzien van verschillende in art. 176b Sr en art. 80 lid 3 KEW strafbaar gestelde vormen van samenspanning reeds geconcludeerd dat de wetgever onzorgvuldig lijkt zijn geweest. Op die plaats werden de haastige conceptie en de onwiligheid deze nota ter advisering aan de Raad van State voor te leggen als oorzaken hiervan aangewezen. Dezelfde problemen duiken hier weer op. De afwijking van het systeem blijft volstrekt zonder toelichting of motivering. Net bij van de samenspanning tot art. 157a onderdeel 1° Sr te begaan met een terroristisch oogmerk klopt ook hier de sanctienorm niet. Die had voor de samenspanning tot de aanslag op de vrijheid van een internationaal beschermd persoon als bedoeld in art. 117 Sr ondernomen met een terroristisch oogmerk namelijk lager (bijvoorbeeld negen jaren) moeten zijn. Die aanpassing heeft de wetgever niet aangebracht. De enige verklaring daarvoor lijkt te kunnen zijn dat de wetgever zich niet gerealiseerd heeft dat hier samenspanning tot een delict dat nimmer met levenslange gevangenisstraf wordt bedreigd, strafbaar werd gesteld.

Opmerking verdient overigens dat deze onjuiste afwijking van de systematiek van de WTM, die op zich al onjuist is (en twee keer min is hier geen plus), geen gevolg is van de hier geconstateerde doublures. In die zin is de behandeling ervan op deze plaats strikt genomen wellicht niet helemaal juist. Omdat de strafbepaling ter uitvoering van het onderhavige Verdrag is ingevoerd is toch voor behandeling op deze plaats gekozen.

De onjuiste strafbaarstelling van samenspanning tot de aanslag op de vrijheid te begaan met een terroristisch oogmerk had overigens heel gemakkelijk voorkomen kunnen worden. Dat had niet ten koste hoeven gaan van de strafbaarstelling van samenspanning tot de aanslag op het leven van de internationaal beschermd persoon als bedoeld in art. 117 j° art. 87b lid 1 Sr te begaan met een terroristisch oogmerk. Voor de strafbaarheid van die samenspanning bestaan immers best goede gronden. Die strafbaarstelling beantwoordt ook aan de twee abstracte eisen die volgens de uitgangspunten die in paragraaf 3.3.1.2 werden geformuleerd als redelijker uitgangspunten voor de strafbaar-

stelling van de samenspanning tot terroristisch misdrijf dan de uitgangspunten van de WTM. In ieder geval bestaat voor strafbaarstelling van de samenspanning tot het onderhavige misdrijf niet minder grond dan voor de strafbaarstelling tot een terroristische moord. Het betreft hier immers de samenspanning tot een zodanige moord, maar dan te begaan op een persoon die een bijzondere hoedanigheid bezit. De samenspanning zal immers altijd betrekking hebben op het intreden van de dood van het slachtoffer. Daarnaast zal de aanslag waartoe is samengespannen altijd met voorbedachten rade ondernomen worden.<sup>120</sup> Daarmee onderscheidt de aanslag waartoe wordt samengespannen zich niet van de moord van art. 289 Sr. De samenspanning tot de aanslag op het leven betreft daarmee per definitie de samenspanning tot de aanslag op het leven als bedoeld in art. 117 lid 2 Sr.<sup>121</sup> De wetgever had dus door in art. 120b Sr eenvoudigweg alleen naar het tweede lid van art. 117 Sr te verwijzen de strafbaarheid van samenspanning tot de aanslag op het leven van een internationaal beschermd persoon met een terroristisch oogmerk kunnen garanderen.

Art. 120b Sr had mijns inziens slechts naar het tweede lid van de betreffende bepalingen moeten verwijzen. Dan zouden, zoals uit het voorgaande blijkt, alle terroristische aanslagen op het leven van deze personen nog steeds binnen het bereik van art. 120b Sr vallen maar de aanslagen op de vrijheid, volledig terecht, allemaal zijn uitgesloten.<sup>122</sup> Alleen de samenspanning tot de aanslag op de vrijheid van ons regerend staatshoofd zou dan strafbaar zijn (art. 92 j° art. 96 lid 1 Sr). Het belang van diens positie voor het Nederlandse staatsbestel kan die uitzonderlijke strafbaarstelling wel dragen.

## 5.5 De overige verdragen

In deze paragraaf zal kort worden stilgestaan bij de problematiek van de doublures ten aanzien van de verdragen die hiervoor niet uitgebreid besproken zijn.

<sup>120</sup> Dat is overigens niet zonder meer ook de opvatting van de wetgever. De samenspanning tot een terroristische doodslag is immers in art. 289a Sr naast de samenspanning tot de terroristische moord strafbaar gesteld. Hoe de wetgever zich die samenspanning voorstelt, heeft hij nergens toegelicht.

<sup>121</sup> Die samenspanning heeft immers steeds betrekking op een aanslag op het leven die voldoet aan de beide voorwaarden die in art. 117 lid 2 Sr alternatief gelden voor het opleggen van levenslange gevangenisstraf.

<sup>122</sup> Dan ontstaat weliswaar een discrepantie met de samenspanning tot de terroristische gijzeling van art. 282b Sr (strafbaar gesteld in art. 282c Sr), die staat echter los van de onderhavige problematiek. Die discrepantie volgt immers uit de sanctienormen van de voltooide delicten. De terroristische gijzeling van art. 282b Sr wordt, ongeacht haar gevolgen, bedreigd met levenslange gevangenisstraf. Op die sanctienorm werd hiervoor kritiek geleverd. Bij de gijzeling van art. 282a Sr, die zoals hiervoor bleek eveneens geacht kan worden de terroristische gijzeling te omvatten, kan levenslange gevangenisstraf worden opgelegd indien het feit de dood ten gevolge heeft. Voor de aanslag op de vrijheid van de internationaal beschermd persoon begaan met een terroristisch oogmerk kan, ongeacht de gevolgen, achttien jaren gevangenisstraf worden opgelegd. Ook in de systematiek van de WTM past de strafbaarstelling van de samenspanning tot het misdrijf van art. 117 Sr te begaan met een terroristisch oogmerk dus niet. De strafbaarstelling van de samenspanning van art. 282c Sr past wel in de systematiek van de WTM. Daar geldt echter als probleem dat de sanctienorm van art. 282b Sr een doublure bevat. Ook zonder die doublure zou de samenspanning tot de terroristische gijzeling wel in de systematiek van de WTM hebben gepast omdat de gijzeling van art. 282a Sr met levenslange gevangenisstraf wordt bedreigd indien het feit de dood ten gevolge heeft gehad. De discrepantie tussen de art. 117 en 282a / 282b Sr volgt dan dus uit de sanctienorm van het voltooid delict en niet uit de strafbaarheid van samenspanning.



### 5.5.1 Veiligheid van de zeevaart

In verband met de implementatie van het Verdrag tot bestrijding van wederrechtelijke gedragingen tegen de veiligheid van de burgerluchtvaart en het Protocol tot bestrijding van wederrechtelijke gedragingen gericht tegen de veiligheid van vaste platforms op het continentaal plat zijn de bepalingen waarmee uitvoering is gegeven aan de verdragen tegen de veiligheid van de burgerluchtvaart aangevuld. De preambule bij dit Verdrag noemt het woord *terrorisme* meerdere keren. Het ontwerp van het Verdrag en Protocol was een reactie op de terroristische kaping van het schip de *Achille Lauro* door het Palestijns Bevrijdingsfront in 1985(PLF).<sup>123</sup> Wat hiervoor werd opgemerkt ten aanzien van de strafbaarstellingen naar aanleiding van de verdragen ter bescherming van de veiligheid van de burgerluchtvaart geldt dus ook voor de aanvullingen van die strafbepalingen ter bescherming van vaartuigen en boorplatforms. Het ging bij deze strafbepalingen reeds lange tijd om de bestrijding van internationaal terrorisme. De ongenueanceerde (in de zin van ongedifferentieerde) strafverhogingen van de WTM roepen voor deze bepalingen dus ook in dit opzicht doublures in het leven.

Ten aanzien van andere verdragen is minder eenvoudig na te gaan in hoeverre sprake is van doublures.

### 5.5.2 De fysieke beveiliging van kernmateriaal

De memorie van toelichting bij de Rijkswet tot goedkeuring van het Verdrag inzake de fysieke beveiliging van kernmateriaal bevat de volgende passage over de verplichting om bedreiging met een verdragsfeit strafbaar te stellen: *Het kan zijn, dat met dergelijke dreigementen juist primair word beoogd zekere angsten bij het publiek op te wekken en aldus de overheid onder druk te zetten.*<sup>124</sup> De overeenkomsten tussen deze overweging en de tekst van art. 83a Sr zijn zeer treffend. Ter implementatie van dit Verdrag zijn de strafbaarstellingen van art. 80 lid 1 en 2 KEW ingevoerd.<sup>125</sup> Met de inwerkingtreding van de WTM zijn de sanctienormen van die bepalingen evenwel niet verhoogd. Wel is de samenspanning tot deze feiten te begaan met een terroristisch oogmerk in het nieuwe derde lid van art. 80 KEW strafbaar gesteld. Dat is echter geen doublure.<sup>126</sup>

Daar staat evenwel tegenover dat ook de strafbaarstelling van art. 161quater Sr volgens de memorie van toelichting bij het voorstel voor de goedkeuringswet strafbaarstelling van een verdragsfeit bevat en dat het van de omstandigheden van het geval zal afhangen of strafvervolgning op basis van art. 80 KEW of op basis van art. 161quater Sr plaats

<sup>123</sup> Over deze kaping en het Verdrag en Protocol: M. Halberstam, *Terrorism on the high seas: the Achille Lauro, piracy and the IMO Convention on maritime safety*, *The American journal of international law*, vol. 82 (1988), p. 269-310; S.P. Menefee, *Piracy, Terrorism, and the Insurgent Passenger*, in N. Ronzitti (red.), *Maritime terrorism and international law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1990, p. 43-68N. Ronzitti, *The Law of the Sea and the use of Force Against Terrorist Activities*, in N. Ronzitti (red.), *Maritime terrorism and international law*, o.c., p. 1-14; N. Ronzitti, *The Prevention and Suppression of Terrorism Against Fixed Platforms*, in N. Ronzitti (red.), *Maritime terrorism and international law*, o.c., p. 91-96; T. Treves, *The Rome Convention for the Suppression of Unlawful Acts*, in N. Ronzitti (red.), *Maritime terrorism and international law*, o.c., p. 69-90.

<sup>124</sup> TK 1983-1984, 18435 (R1259), nrs. 1-3, p. 11.

<sup>125</sup> Wet van 17 december 1987, Stb. 1987, 640; inwerkingtreding 6 oktober 1991.

<sup>126</sup> In paragraaf 3.5.3.1 kwam reeds aan de orde dat deze strafbaarstelling buiten de toch al te ruime systematiek van de strafbaarstelling van samenspanning tot terroristisch misdrijf valt. Met doublures heeft dat evenwel niets uitstaan. Hier speelt gewoon hetzelfde probleem als ten aanzien van art. 117 Sr. De samenspanning strekt zich uit tot een misdrijf waarvan de voltooiing nimmer tot levenslange gevangenisstraf kan leiden.

zal vinden.<sup>127</sup> De sanctienormen van art. 161quater Sr zijn niet verhoogd ter implementatie van het Verdrag. Die sanctienormen werden kennelijk voldoende geacht, ook in verband met internationaal nucleair terrorisme. Het Verdrag verplicht er toe om passende sanctienormen vast te stellen die recht doen aan de ernst van het betrokken feit. Dan kan dus gesteld worden dat daarmee ook de sanctienorm van deze reeds bestaande strafbepaling voldoende recht doet aan de eventuele aanwezigheid van een terroristisch element. Door de inwerkingtreding van art. 176a Sr met de WTM is de sanctienorm van art. 161quater onderdeel 1° Sr verhoogd van vijftien jaren gevangenisstraf tot levenslange gevangenisstraf indien het feit is begaan met een terroristisch oogmerk. Indien inderdaad kan worden volgehouden dat de sanctienorm van art. 161 Sr reeds voldoende recht deed aan de ernst en gevaren van bepaalde manifestaties van nucleair terrorisme behelst de strafverhoging van art. 176a Sr in die zin een doublure.

### 5.5.3 Terroristische bomaanslagen

Ook voor het Verdrag inzake de bestrijding van terroristische bomaanslagen is de vraag of sprake is van doublures minder gemakkelijk te beantwoorden. Tot nieuwe strafbaarstellingen heeft de uitvoeringswet bij dit Verdrag niet geleid.<sup>128</sup> Het Verdrag (art. 2 j° art. 4) verplicht tot strafbaarstelling van het

wederrechtelijk en opzettelijk een springstof of ander dodelijk instrument aflever(en), plaats(en), tot ontlading of ontploffing breng(en) op, bij of in een openbare plaats, een staats- of regeringsvoorziening, een openbaar vervoerssysteem of een infrastructurele voorziening,

- a. met de bedoeling de dood of ernstig lichamelijk letsel te veroorzaken; of
- b. met de bedoeling grootschalige vernieling aan te richten van een dergelijke plaats, voorziening of systeem, waarbij de vernieling leidt of waarschijnlijk zal leiden tot grote economische schade.

In de memorie van toelichting bij het voorstel voor de uitvoeringswet somt de minister een groot aantal strafbaarstellingen in het Nederlandse strafrecht op waarin gedragingen die onder de omschrijving van het Verdrag vallen strafbaar zijn gesteld. Daarop laat hij volgen dat voor alle onderdelen van de omschrijving van het verdragsfeit wel een strafbaarstelling kan worden gevonden. Een aparte strafbaarstelling van de terroristische bomaanslag acht hij niet aangewezen. Daardoor zouden alleen maar samenloopproblemen ontstaan.<sup>129</sup>

Met de uitvoeringswet is wel art. 157 onderdeel 2° Sr<sup>130</sup> aangevuld met *zwaar lichamelijk letsel*. Die bepaling bedreigde het opzettelijk stichten van brand of het opzettelijk veroorzaken van een explosie waarvan levensgevaar voor een ander te duchten is met een gevangenisstraf van vijftien jaren. Diezelfde straf kan nu worden opgelegd indien ‘slechts’ gevaar voor zwaar lichamelijk letsel voor een ander te duchten is.

Zowel (de titel en de preambule van) het Verdrag als de parlementaire stukken bij de totstandkoming van de uitvoeringswet laat er geen twijfel over bestaan dat het bij (de uitvoering van) het Verdrag gaat om de (strafrechtelijke) bestrijding van terrorisme. De

<sup>127</sup> TK 1983-1984, 18435 (R1259), nrs. 1-3, p. 14.

<sup>128</sup> Wet van 20 december 2001, Stb. 2001, 673.

<sup>129</sup> TK 2001-2002, 28028, nr. 3, p. 3-5.

<sup>130</sup> Om systematische redenen is art. 158 (brandstichting door schuld) in dezelfde zin aangepast.

parlementaire behandeling vond ook plaats na 11 september 2001.<sup>131</sup> Over de ernst en gevaren van internationaal terrorisme kon tijdens die behandeling dus geen twijfel meer bestaan.

Met de inwerkingtreding van de WTM is de sanctienorm van art. 157 onderdeel 2° Sr verhoogd tot levenslange gevangenisstraf wanneer het feit is begaan met een terroristisch oogmerk (art. 176a Sr). Dit zou kunnen duiden op een doublure. Ook de sanctienormen van veel van de andere misdrijven uit de opsomming van de minister zijn bij die gelegenheid verhoogd wanneer het feit met dat oogmerk is begaan. Ook die strafbepalingen zouden derhalve doublures kunnen bevatten voor zover de toepasselijke sanctienormen reeds voor de inwerkingtreding van de WTM geacht moesten worden voldoende recht te doen aan de ernst van het fenomeen internationaal terrorisme. Twijfel daaromtrent houdt vooral verband met het feit dat de minister nauwelijks aandacht besteedt aan het antwoord op de vraag of de sanctienormen van de betreffende strafbepalingen voldoende recht doen aan de ernst van de terroristische bomaanslag. Het Verdrag verplicht weliswaar tot vaststelling van dergelijke sanctienormen daaruit kan niet zonder meer worden afgeleid dat de uitvoeringswet daarin ook voorziet. In de nota naar aanleiding van het verslag merkt de minister in verband met de mate waarin ten aanzien van verdragsfeiten rekening kan worden gehouden met de ernst van het gepleegde feit naar voren dat

in het kader van de uitvoering van het kaderbesluit inzake terrorismebestrijding (...) wetgeving wordt voorbereid waarin de vraag aan de orde is of de Nederlandse strafwetgeving naar hedendaagse inzichten aanpassing behoeft met het oog op de bestrijding van terrorisme.<sup>132</sup>

Het lijkt erop dat de minister bij de totstandkoming van de uitvoeringswet voor het Verdrag niet bereid was om stil te staan bij de sanctienormen van de Nederlandse strafbaarstellingen omdat hij de totstandkoming en implementatie van het Kaderbesluit wilde afwachten. In zoverre kan van doublures geen sprake zijn.

#### 5.5.4 Financiering van terrorisme

Het laatste VN-Verdrag dat voor de inwerkingtreding van de WTM is uitgevoerd betreft het Internationaal Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme. Financiering is een belangrijk element in het functioneren van terroristische organisaties.<sup>133</sup> Reeds voor de totstandkoming van het Verdrag waren binnen de VN en de EU instrumenten ter bestrijding van de financiering van terrorisme tot stand gekomen. Die hadden in hoofdzaak betrekking op de bevrozing van de tegoeden van bepaalde personen en organisaties.<sup>134</sup> Dat het Verdrag ziet op de bestrijding van terrorisme blijkt

<sup>131</sup> Het advies van de Raad van State over het wetsvoorstel werd, ironisch genoeg, uitgebracht op 11 september 2001 (TK 2001-2002, 28028, nr. B).

<sup>132</sup> TK 2001-2002, 28028, nr. 5, p. 12, 13.

<sup>133</sup> R. Spaaij, De financiering van terrorisme, *Proces* 2003/2, p. 72; Muller, Spaaij en Ruitenberg, *Trends in terrorisme*, o.c., p. 34.

<sup>134</sup> Uitgebreider over de verschillende internationale instrumenten ter bestrijding van de financiering van terrorisme: M.K. Bulterman, De financiële strijd tegen het terrorisme en de mensenrechten, *NJCM-Bulletin*, jrg. 27 (2002), nr. 7, p. 834-848; G.J.M. Corstens, Europees strafrecht, in: G.J.M. Corstens & M.S. Groenhuijsen (red.) *Rede en Recht, Liber amicorum Nico Keijzer*, p. 11-25.

uit de naam ervan en uit overwegingen uit de preambule. Het Verdrag (art. 2 j° art. 4) verplicht tot strafbaarstelling van het

met enig middel, rechtstreeks of onrechtstreeks, wederrechtelijk en opzettelijk fondsen verstrek(ken) of verga(,)r(en) met de bedoeling die te gebruiken of met de wetenschap dat die, geheel of gedeeltelijk, gebruikt zullen worden ter uitvoering van:

- a. een gedraging/handeling die een strafbaar feit vormt binnen het toepassingsgebied van en als omschreven in een van de verdragen vermeld in de bijlage; of
- b. enige andere gedraging/handeling bedoeld om de dood van of ernstig lichamelijk letsel te veroorzaken bij een burger, of een ander persoon die niet actief deelneemt aan de vijandelijkheden in een situatie van gewapend conflict, wanneer het doel van die gedraging/handeling, door haar aard of context, is een bevolking te intimideren of een regering of internationale organisatie te dwingen tot het verrichten of het zich onthouden van een handeling;

De omschrijving van het doel van terroristische gedragingen en handelingen zoals omschreven in onderdeel b heeft direct model gestaan voor de omschrijving van het terroristisch oogmerk in het Kaderbesluit en in art. 83a Sr. Dat stelt de minister met zo veel woorden in de memorie van toelichting bij het voorstel voor de WTM.<sup>135</sup> Dat is op zich wellicht onvoldoende om het bestaan van doublures in de WTM in verband met de uitvoeringswet bij het onderhavige Verdrag aan te nemen. Het toont wel aan dat tussen de VN-verdragen en de WTM een complexe verhouding bestaat waaraan niet zonder meer voorbij mag worden gegaan. Indien de Nederlandse wetgever meent dat gedragingen die met het in art. 2 lid 1 onder b omschreven doel worden verricht in Nederland afdoende strafbaar zijn gesteld, behoeft invoering van een strafverhoging in verband met de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk minder dan drie jaar later een uitgebreide motivering.

In de toelichting bij het voorstel voor de uitvoeringswet bij het Verdrag merkt de minister op dat de financieringshandeling naar Nederlands recht voorbereiding in de zin van art. 46 Sr, poging tot uitlokking in de zin van art. 46a of medeplegen of uitlokking in de zin van art. 47 Sr op kan leveren. Voor een aparte strafbaarstelling van de financieringshandeling ziet hij onvoldoende grond.<sup>136</sup>

In paragraaf 3.2.2.1 kwam aan de orde dat bij de uitvoeringswet van het Verdrag de woorden *in vereniging* uit art. 46 Sr zijn geschrapt en dat in een nieuw vijfde lid van art. 46 Sr is vastgelegd dat onder voorwerpen in de zin van art. 46 lid 1 Sr alle zaken en vermogensrechten verstaan moeten worden. Het gaat hier niet om strafverhogingen.

In paragraaf 5.4.3.1 bleek dat de sanctienorm van art. 117b Sr ter uitvoering van het onderhavige Verdrag is verhoogd van zeven naar acht jaren. Die strafverhoging had ten doel te voorzien in strafbaarheid van voorbereiding van het misdrijf van art. 117b Sr volgens art. 46 lid 1 Sr. Het gaat dan dus niet om een strafverhoging in verband met het feit dat het betreffende misdrijf kan worden begaan als terroristisch feit. In die zin behelst deze strafverhoging dus geen doublure.

<sup>135</sup> TK 2001–2002, 28463, nr. 3, p. 3.

<sup>136</sup> TK 2001–2002, 28031, nr. 3, p. 2–4.

Ten slotte is het bereik van art. 172 Sr uitgebreid. Die bepaling stelt nu tevens de belemmering van de aanmaak van drinkwater in of de toevoer van drinkwater vanuit de openbare drinkwatervoorziening strafbaar wanneer daarvan (levens)gevaar voor een ander te duchten is (en het feit iemands dood ten gevolge heeft). De toelichting bij deze uitbreiding stelt dat de wijziging verzekert dat bij deze gedragingen *een vrijheidsstraf wordt geriskeerd die met de ernst van die gedraging spoort*.<sup>137</sup> Dat lijkt erop te duiden dat de wetgever hier wel heeft willen voorzien in een sanctienorm die aansluit op de ernst van het terroristische feit. Indien die indruk juist is, behelst de strafverhoging die de WTM voor dit feit heeft geïntroduceerd een doublure.

Ook voor de uitvoeringswet bij het onderhavige Verdrag geldt evenwel dat ten tijde van de parlementaire behandeling van het voorstel daarvoor reeds kon worden voorzien dat er een EU-Kaderbesluit terrorismebestrijding tot stand zou komen dat tot strafverhoging voor terroristische misdrijven zou gaan verplichten.<sup>138</sup> In hoeverre de minister daarmee rekening hield, is niet na te gaan. Ook hier kan derhalve niet met zekerheid worden gezegd in hoeverre van een doublure sprake is.

Juist daarom had de toelichting bij de WTM per terroristisch misdrijf moeten aangeven in hoeverre reeds een terroristisch element was verdisconteerd in de sanctienorm van het misdrijf. De strafverhoging in verband met de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk had bij misdrijven die reeds een terroristisch element bevatten achterwege moeten blijven tenzij op duidelijke gronden werd aangegeven dat de opvatting over de strafwaardigheid van een bepaald terroristisch misdrijf gewijzigd was. In dat laatste geval had voorzien moeten worden in een specifieke strafverhoging die recht deed aan het feit dat de sanctienorm reeds een terroristisch element bevatte.

## 5.6 Afsluiting

Internationaal terrorisme was reeds lang voor de aanslagen van 11 september voorwerp van aanhoudende zorg van de internationale gemeenschap. In dat kader worden sinds het begin van de zeventigerjaren van de twintigste eeuw ook verdragen gesloten. De verdragen en het Protocol die in dit hoofdstuk aan de orde kwamen, zijn daar voorbeelden van. Zij strekken onmiskenbaar tot de bestrijding van internationaal terrorisme. Dat de term terrorisme zelf in die verdragen niet (altijd) voorkomt, doet daaraan niet af. Dat is immers een gevolg van het feit dat de term terrorisme in de vroege zeventigerjaren nog geen ingang had gevonden in de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties en, later, van het feit dat, in verband met de politieke strekking en negatieve connotatie van het begrip, geen overeenstemming bestond over de definitie van terrorisme. Dat laat evenwel onverlet dat de verdragen in het bijzonder zien op wat vandaag de dag terrorisme heet.

Deze verdragen verplichten tot strafbaarstelling van verschillende manifestaties van internationaal terrorisme en tot de vaststelling van sanctienormen die recht doen aan de ernst van die manifestaties. De Nederlandse wetgever heeft aan die verplichting voldaan onder meer door de invoeging van nieuwe strafbepalingen. In de meeste gevallen betrof het bij de invoeging van deze nieuwe bepalingen de strafbaarstelling van gedra-

<sup>137</sup> TK 2001-2002, 28031, nr. 6, p. 2.

<sup>138</sup> Het voorstel voor de uitvoeringswet van het onderhavige Verdrag werd bij de Tweede Kamer ingediend op 4 oktober 2001. Het eerste voorstel voor het Kaderbesluit dateert van 19 september 2001.

gingen die ook reeds uit anderen hoofde strafbaar waren gesteld. De nieuwe strafbaarstellingen hadden daarbij tot doel in een hogere straf te voorzien voor de situatie dat de misdrijven een bepaald terroristisch element bevatten.

Dat terroristisch element is niet steeds vergelijkbaar met het terroristisch oogmerk van art. 83a Sr. Het terroristisch element van art. 282a Sr (*het oogmerk een ander te dwingen iets te doen of niet te doen*) is overigens wel sterk verwant met een variant van het terroristisch oogmerk van art. 83a Sr (*het oogmerk om een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden*). Bij de andere strafbaarstellingen van verdragsfeiten die in dit hoofdstuk aan de orde kwamen, lag het terroristisch element in het gekozen slachtoffer (de internationaal beschermd persoon) of het belang dat in gevaar wordt gebracht (de internationale burgerluchtvaart). In zekere zin was het terroristisch oogmerk daarin wel verdisconteerd. De omschrijving van de betreffende verdragsfeiten kwam immers steeds tot stand tegen de achtergrond waarin deze feiten werden gepleegd om overheden te dwingen tot bijvoorbeeld de vrijlating van gevangenen, om, door schijnbaar willekeurig gekozen slachtoffers en het genereren van massamedia-aandacht, bevolkingen angst aan te jagen.

Het terroristisch oogmerk (of enige variatie daarop) was weliswaar niet steeds in de betreffende delictomschrijving opgenomen, de sanctienorm voor de Nederlandse strafbaarstelling van de verdragsfeiten was in ieder geval wel afgestemd op de (verwezenlijking van) sterk vergelijkbare bedoelingen. Dat kan ook worden aangenomen in verband met het feit dat de wetgever zich bij de vaststelling van de strafbepalingen, blijkens de toelichting bij de voorstellen voor de respectieve uitvoeringswetten, volledig bewust is geweest van het feit dat de strafbaarstellingen in het kader van de strafrechtelijke bestrijding van terrorisme van terrorisme werden ingevoegd. De sanctienormen van de betreffende strafbepalingen moeten dan ook geacht worden in beginsel volledig recht te doen aan het feit dat het bij deze feiten gaat (althans kan gaan) om terroristische misdrijven.

De WTM miskent dit door voor deze misdrijven wanneer zij zijn begaan met een terroristisch oogmerk dezelfde strafverhoging mogelijk te maken als voor misdrijven zonder een dergelijk terroristisch element. In de motivering van deze strafverhoging is aan het feit dat het terroristisch element reeds was verdisconteerd in de betreffende sanctienormen ook geen enkele aandacht besteed. Dat het bij de strafverhoging voor deze misdrijven zou gaan om een herziening van de sanctienormen die verband houdt met veranderde opvattingen over de strafwaardigheid van deze terroristische misdrijven kan mijns inziens dan ook worden uitgesloten. De wetgever heeft de sanctienormen voor deze misdrijven verhoogd in geval van aanwezigheid van een omstandigheid die reeds volledig was verdisconteerd in de oude sanctienorm.

Soortgelijke problemen gelden ook (in meerdere of mindere mate) voor sommige van de strafbaarstellingen waarin de feiten die volgens de verdragen die in dit hoofdstuk niet uitgebreid besproken zijn strafbaar zijn gesteld.

## 6 Doublures tussen strafbepalingen: samenlooperikelen

Het onderhavige hoofdstuk handelt net als de twee daaropvolgende hoofdstukken over doublures. In de inleiding van dit onderzoek werd dienaangaande onderscheiden tussen doublures binnen en doublures tussen strafbaarstellingen.

Van een doublure in de zin van dit onderzoek is sprake indien voor hetzelfde verwijt of gevolg of dezelfde gedraging of omstandigheid meer dan eens straf kan worden opgelegd. Van een doublure binnen een strafbaarstelling is sprake indien hetzelfde verwijt of gevolg of dezelfde gedraging of omstandigheid meer dan eens in de sanctienorm is verdisconteerd. Deze doublures kwamen hiervoor in de hoofdstukken 4 en 5 aan de orde. Van een doublure tussen strafbaarstellingen is sprake indien voor verschillende strafbepalingen maar in verband met hetzelfde verwijt of gevolg of dezelfde gedraging of omstandigheid straf kan worden opgelegd.

Als één gedraging valt binnen het bereik van meerdere delictsomschrijvingen kan de officier van justitie voor al die feiten vervolgen. Dat betekent echter niet dat de rechter ook altijd voor al die feiten straf op kan leggen. Het Wetboek van Strafrecht geeft in Titel VI van het Eerste Boek een algemene regeling voor de rechter hoe met sommige van dat soort gevallen om te gaan. De regeling bepaalt in welke gevallen voor meerdere feiten straf mag worden opgelegd en beperkt voor die gevallen de cumulatie van straffen die plaats mag vinden. Bij deze regeling kunnen zich doublures tussen strafbaarstellingen voordoen.

In dit hoofdstuk zal allereerst een uiteenzetting van de samenloopregeling van het Wetboek worden gegeven. Daarbij gaat het in de eerste plaats om het onderscheid tussen eendaadse (er mag slechts voor één feit straf worden opgelegd) en meendaadse (er mag voor meerdere feiten straf worden opgelegd) samenloop. Vervolgens zal de voortgezette handeling van art. 56 Sr worden besproken. Ook zal aandacht worden besteed aan buitenwettelijke mogelijkheden om de strafoplegging te beperken. Daarna zal een aantal gevallen van samenloop worden besproken dat in het bijzonder verbonden is aan terroristische misdrijven.

### 6.1 Eendaadse en meendaadse samenloop

Art. 55 lid 1 Sr geeft aan dat indien sprake is van eendaadse samenloop slechts de strengste bepaling wordt toegepast. Wanneer sprake is van meendaadse samenloop wordt volgens art. 57 lid 1 Sr slechts één straf opgelegd. Volgens het tweede lid vindt cumulatie plaats. Voor vrijheidsstraffen geldt de beperking dat de totaal opgelegde straf het maximum van de strengste bepaling met niet meer dan een derde mag overtreffen. De regeling geldt ook, of wellicht juist, als de verdachte gelijktijdig wordt vervolgd voor feiten die niets met elkaar te maken hebben en / of die op verschillende tijdstippen en plaatsen zijn gepleegd. Voor die situatie is duidelijk in art. 57 Sr te herkennen dat de regeling bedoelt onbeperkte cumulatie van straffen tegen te gaan. Op deze plek wordt de aandacht bepaald tot gevallen waarin het juist om één gedraging gaat. In deze gevallen kan de regeling van beperkte cumulatie nog wel eens ervaren worden als een boemerang. Niet de beperking van de cumulatie maar het bestaan van de mogelijkheid van cumulatie komt dan centraal te staan. Dat op één gedraging meerdere strafbepalingen tegelijkertijd van toepassing zijn en dat daarvoor een straf kan worden opgelegd die hoger ligt dan de straf die op het zwaarste feit is gesteld, zal de verdachte vaak eer-

der als een uitbreiding van de strafaanspraak van de overheid ervaren dan als een beperking daarvan.

De samenloop heeft zich eigenlijk nooit in veel belangstelling kunnen verheugen. In de praktijk speelde het probleem niet omdat in Nederland de strafmaxima zelden gehaald worden.<sup>1</sup> Het lijkt allerminst denkbeeldig dat zich in de strijd tegen het internationaal terrorisme nog wel eens een enkel geval zou kunnen voordoen waarin de wens om tot een zo hoog mogelijk maximum te gaan ook bij de rechter aanwezig is. Voor dergelijke gevallen moet de wet grenzen stellen.

### 6.1.1 Het strekkingscriterium

Beantwoording van de vraag of, wanneer één gedraging als meerdere misdrijven ten laste wordt gelegd, sprake is van eendaadse dan wel meerdaadse samenloop geschiedt door te letten op de 'strekking' van de betrokken strafbepalingen. Die strekking hangt dan af van de strafrechtelijke betekenis die de wet aan de strafbepalingen toekent.<sup>2</sup> Daarmee hangt die strekking in belangrijke mate af van het doel van de strafbepaling, of wel het belang dat zij beoogt te beschermen. Aan dit strekkingscriterium wordt streng de hand gehouden. Indien de strafbepalingen een verschillende strekking hebben kan geen sprake zijn van eendaadse samenloop.<sup>3</sup>

In oudere jurisprudentie wordt het strekkingscriterium nog niet genoemd. Een zeven-tal elementen vult als het ware het strekkingscriterium in. Het standaardarrest op dit gebied is uit 1932.<sup>4</sup> Het gelijktijdig rijden onder invloed en het besturen van een voertuig dat niet voorzien was van de vereiste verlichting staan volgens dit arrest tot elkaar in een verhouding van meerdaadse samenloop. De elementen die de Hoge Raad hanteert hangen sterk met elkaar samen. Het ene feit ziet op de toestand van de verdachte en het andere op de toestand van het voertuig; daarmee verschilt 'het kenmerkende' van beide feiten (1). Beide feiten kunnen los van elkaar worden gedacht (2). Beide feiten leveren een zelfstandige overtreding van verschillend karakter op (3). De gelijktijdigheid is niet iets wezenlijks (4). Het ene feit gaat niet op in het andere (5). Het ene feit moet ook niet worden beschouwd als een omstandigheid waaronder het andere zich voordoet (6). Beide feiten kunnen los van elkaar worden geconstateerd (7).

De samenhang tussen de elementen volgt uit het feit dat de elementen 4, 5 en 6 volgen uit 2 en 3. Met name het eerste en het derde element dienen tegenwoordig als invulling van het strekkingscriterium. In hoeverre aan de overige elementen betekenis moet worden toegekend is niet duidelijk.

### 6.1.2 Gevolgen van het strekkingscriterium

Gevolg van het strekkingscriterium is dat er weinig gevallen meer denkbaar zijn waarin het gelijktijdig overtreden van meerdere strafbepalingen eendaadse samenloop oplevert. Zelfs is wel opgemerkt dat het begrip *feit* in art. 55 Sr vrijwel samenvalt met *strafbaar feit*.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> J. de Hullu, Recidive en straftoemeting, Afscheidsrede KUB, 2003, Kluwer, Deventer, p. 39, 42.

<sup>2</sup> Onder meer HR 22 september 1987, NJ 1988, 379.

<sup>3</sup> Bijv. HR 22 september 1981, NJ 1981, 644; HR 29 april 1997, NJ 1997, 665.

<sup>4</sup> HR 15 februari 1932, NJ 1932, 289 (Oude Kijk in 't Jatstraat).

<sup>5</sup> Franken, Hetzelfde feit, o.c., p. 26; F.A.J. Koopmans, Prologen materieel strafrecht, 3<sup>e</sup> druk, Kluwer, Deventer, 2003, p. 238.



Het in brand steken van een theedoek in een woning waardoor gevaar ontstaat voor zowel de belendende panden als de in die panden aanwezige personen levert volgens de Hoge Raad meerdaadse samenloop op.<sup>6</sup> Er ontstaat immers zowel gevaar voor goederen (art. 157 onder 1° Sr) als voor personen (art. 157 onder 2° Sr). Daarmee interpreteert de Hoge Raad het begrip *feit* in art. 55 Sr duidelijk enger dan de wetgever voor ogen stond.<sup>7</sup>

Een zeldzaam geval van eendaadse samenloop vinden we in de Opiumwet. Het veroeren en het aanwezig hebben van heroïne hebben wel dezelfde strekking.<sup>8</sup> Ook in de sfeer van zedendelicten lijkt eendaadse samenloop nog wel eens aangewezen. Dat wordt bevestigd door een opmerkelijke uitspraak van de Hoge Raad uit 1946. Verdachte was ten laste gelegd dat hij buiten echt ontuchtige handelingen had verricht met een dertienjarig meisje die bestonden uit het seksueel binnendringen van het lichaam (art. 245 Sr) en het blote lichaam betasten (art. 247 Sr). Deze feiten werden bewezen verklaard. Op overtreding van art. 245 Sr stond (en staat) een hogere straf dan op overtreding van art. 247 Sr. Art. 245 Sr was destijds echter een klachtdelict en een klacht was niet gedaan. Dan blijft dus art. 247 Sr over. Het hof weigerde echter deze bepaling toe te passen. Art. 55 lid 1 Sr schrijft immers toepassing van de zwaarste strafbepaling voor bij eendaadse samenloop. Wegens het ontbreken van de vereiste klacht werd het OM niet ontvankelijk verklaard. De Hoge Raad laat het arrest van het hof in stand.<sup>9</sup> Ook latere jurisprudentie laat zien dat een onzedelijke handeling die binnen verscheidene strafbepalingen valt wel één feit kan zijn in de zin van art. 55 lid 1 Sr.<sup>10</sup>

De jurisprudentie van de Hoge Raad is door de geringe ruimte die zij voor de eendaadse samenloop laat tamelijk ver verwijderd geraakt van wat de wetgever voor ogen stond bij de eendaadse samenloop. Volgens de wetgever kunnen op een enkele aanslag op de Staten-Generaal heel wel art. 94 Sr (de aanslag om de grondwettige regeringsvorm te vernietigen) en art. 121 Sr (door (bedreiging) met geweld een lid of de gehele vergadering van één der kamers van de Staten-Generaal, kort gezegd, verhinderen in vrijheid zijn of haar werk te doen) gelijktijdig toepasselijk zijn. In een dergelijk geval zou volgens de wetgever van 1881 de zwaarste strafbepaling moeten worden toegepast.<sup>11</sup> De beide strafbepalingen hebben evenwel onmiskenbaar een verschillende strekking. Naar de rechtspraak van de Hoge Raad zullen op een enkele aanslag dus beide strafbepalingen gelijktijdig kunnen worden toegepast.

### 6.1.3 Kritiek op het strekkingscriterium

Volgens R Emmelink zou bij beantwoording van de vraag of sprake is van eendaadse of meerdaadse samenloop niet slechts gekeken moeten worden naar de wijze waarop de verschillende wettelijke strafbepalingen zich tot elkaar verhouden. De rechter zou juist rekening moeten houden met omstandigheden die buiten de bewezenverklaring om

<sup>6</sup> HR 22 september 1987, NJ 1988, 379.

<sup>7</sup> A. Bockwinkel, Beschouwingen over de nieuwe leer van de Hoge Raad omtrent samenloop van strafbare feiten, dissertatie UU, Drukkerij P. den Boer, Utrecht, 1953, p. 48-50.

<sup>8</sup> HR 1 juli 1981, NJ 1981, 616.

<sup>9</sup> HR 19 maart 1946, NJ 1946, 209.

<sup>10</sup> HR 20 december 1988, NJ 1989, 500; HR 19 december 2000, NJ 2001, 140; HR 23 maart 2004, NJ 2004, 313.

<sup>11</sup> Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Tweede Deel, o.c., p. 56.

zijn vastgesteld. Met name de gelijktijdigheid van het handelingsgeheel en de eenheid van schuld zouden billijkheidsgronden zijn die ertoe zouden moeten kunnen leiden dat eenheid van feit wordt aangenomen.<sup>12</sup>

Ook anderen bepleiten een meer feitelijke benadering van de vraag naar de eendaadse samenloop waardoor het verschil in strekking van de onderscheiden strafbepalingen niet steeds leidt tot het oordeel dat sprake is van meerdaadse samenloop.<sup>13</sup> Toegespist op de casus van het Oude Kijk in 't Jatstraat-arrest zou dat bijvoorbeeld kunnen betekenen dat slechts voor het zwaarste feit wordt bestraft als blijkt dat de dronkenschap oorzaak is geweest van het niet voeren van de vereiste verlichting.

## 6.2 Voortgezette handeling

Art. 56 Sr maakt duidelijk dat meerdere feiten in zodanig verband kunnen staan dat zij moeten worden beschouwd als één voortgezette handeling. In dat geval wordt, alhoewel er meerdere strafbare feiten zijn gepleegd, slechts één strafbepaling toegepast. Indien op de feiten verschillende straffen zijn gesteld, wordt de strafbepaling waarbij de zwaarste hoofdstraf is gesteld, toegepast.

Wanneer sprake is van zodanig verband leert de bepaling echter niet. De wetgever heeft dat bewust open gelaten. Wel stelde hij zich voor dat van een voortgezette handeling slechts sprake kon zijn wanneer de feiten de uiting zijn van één ongeoorloofd besluit. Deze eis zou tevens impliceren dat het moet gaan om gelijksoortige feiten. *Het plegen van in aard geheel verschillende misdrijven, hoe spoedig die ook op elkander zijn gevolgd, kan nooit worden beschouwd als de uitvoering een en hetzelfde ongeoorloofd opzet.*<sup>14</sup> Daarnaast lijkt de Hoge Raad uit te sluiten dat gelijktijdig begane misdrijven als één voortgezette handeling worden gezien.<sup>15</sup>

Rommeling merkt, onder verwijzing naar oudere jurisprudentie, op dat de Hoge Raad de gelijksoortigheid nog al eng interpreteert. Waar de wetgever de voortgezette handeling voor geheel verschillende feiten wilde uitsluiten, lijkt de Hoge Raad soms te eisen dat de verschillende feiten onder dezelfde strafbepaling kunnen worden gerubriceerd. Sprekend is in dit verband de casus van een postbode die de inhoud van een envelop wijzigde.<sup>16</sup> Hij werd zowel vervolgd wegens het openen van het poststuk (art. 372 Sr) als wegens het wijzigen van de inhoud (art. 373 Sr). Volgens de Hoge Raad was geen sprake van een voortgezette handeling omdat zowel de handelingen als de strafbepalingen ongelijksoortig waren. Rommelink bepleit een ruimere toepassing van art. 56 Sr. Hij stelt voor minder gewicht toe te kennen aan de gelijkheid van kwalificatie en de eenheid van wilsbesluit. Centrale toetssteen zou ook hier de eenheid van schuld moeten zijn.<sup>17</sup>

Of er sprake is van eenheid van schuld lijkt dan met name verstaan te moeten worden als de vraag of de verdachte met betrekking tot de verschillende feiten in de kern niet hetzelfde verwijt wordt gemaakt. In het voorbeeld van het wijzigen van de inhoud van

<sup>12</sup> Rommelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 840, 841.

<sup>13</sup> De Hullu, Materieel Strafrecht, o.c., p. 519; De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van strafrecht, p. 79, 80.

<sup>14</sup> Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Eerste Deel, o.c., p. 480.

<sup>15</sup> De Hullu, Materieel Strafrecht, o.c., p. 528.

<sup>16</sup> HR 30 juni 1913, NJ 1913, 1097.

<sup>17</sup> Rommelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 842, 843.

een poststuk lijkt dat tamelijk evident. Het wijzigen van die inhoud zonder dat poststuk te openen lijkt immers nauwelijks denkbaar. Het lijkt waarschijnlijk dat de wetgever daarom de strafbepaling van art. 373 Sr onmiddellijk heeft laten volgen op die van art. 372 Sr en eerstgenoemde bepaling van een beduidend hogere sanctienorm heeft voorzien. Art. 373 Sr zou wellicht voor dit onderdeel kunnen worden gezien als een gekwalificeerde systematische specialis<sup>18</sup> van art. 372 Sr. In deze zaak werden het openen en het wijzigen echter als opeenvolgende gedragingen gezien. Dat de Hoge Raad dan oordeelt dat geen sprake kan zijn van een voortgezette handeling omdat de feiten ongelijksoortig zijn, lijkt dan als vanzelf te leiden tot de conclusie dat sprake is van meerdaadse samenloop. Het consecutieve karakter van het handelingsgeheel lijkt eendaadse samenloop (of specialiteit) immers uit te sluiten. Cumulatie van straffen is hier niet redelijk. Als het (nagenoeg) ondenkbaar is een bepaald delict te begaan zonder daardoor tevens een ander delict te begaan, dan mag geen bestraffing voor beide feiten plaatsvinden.

De meer feitelijke benadering van R Emmelink lijkt uitkomst te bieden. Zij handhaaft echter mogelijk een nuance waarvan de wenselijkheid mijns inziens kan worden betwijfeld. Opnieuw vormt de casus van de postbode het vertrekpunt. Als de Hoge Raad van mening was geweest dat de feiten wel gelijksoortig waren, stond nog niet vast dat sprake was van één *ongeoorloofd wilsbesluit*. Bij de beoordeling daarvan moet de vraag worden beantwoord wanneer de postbode besloot de inhoud van de envelop te vervangen. Was dat op het moment dat hij het poststuk opende of later?<sup>19</sup>

Als de postbode weet wat de envelop bevat en besluit deze te openen om de inhoud te vervangen, is sprake van één ongeoorloofd wilsbesluit. De fictie van gelijksoortigheid brengt dan mee dat sprake is van een voortgezette handeling. Dat wordt anders indien de postbode de brief opende uit nieuwsgierigheid. Wanneer hij na kennisneming van de inhoud besluit die inhoud weg te nemen en, uit vrees voor ontdekking van zijn diefstal, iets anders in de envelop steekt, is sprake van meerdaadse samenloop. Vanzelfsprekend maakt de diefstal van de inhoud het handelen van de postbode strafwaardiger. Ook met toepassing van art. 56 Sr komt dat echter voldoende tot uitdrukking. Door na het openen te besluiten de inhoud van het poststuk te wijzigen wordt gewoon een zwaarder strafbaar feit begaan. Dat de postbode die reeds voor het openen wist dat hij de inhoud van de envelop zou gaan stelen voor een mildere behandeling in aanmerking zou moeten komen, vermag ik niet in te zien. Het is maar zeer de vraag of de eenheid van schuld op dat gebied betere dienst bewijst dan de eis van het enkele ongeoorloofde wilsbesluit.

### 6.3 Derogatie, alternativiteit, subsidiariteit en consumptie

In paragraaf 3.2.4.1 werd uitgebreid aandacht besteed aan het leerstuk specialiteit. Op die plaats werd aangegeven dat er principiële verschillen bestaan tussen de regeling van de eendaadse samenloop en de specialiteit. Dat neemt niet weg dat er ook een overeenkomst bestaat tussen beide rechtsfiguren. Zowel de toepasselijkheid van een specialis als de toepassing van eendaadse samenloop leidt ertoe dat slechts voor één feit straf wordt opgelegd (dat de verdachte (in sommige gevallen) dient te worden ontslagen

<sup>18</sup> Zie daarover paragraaf 3.2.4.1.

<sup>19</sup> In HR 30 juni 1913, NJ 1913, 1097 kwam de HR aan deze vraag niet toe. Of het besluit om de inhoud te wijzigen al genomen is ten tijde van het openen is voor beantwoording van de vraag naar de gelijksoortigheid van de strafbepalingen immers irrelevant.

van alle rechtsvervolging wanneer de officier van justitie verzuimd heeft de specialis ten laste te leggen, doet daaraan niet af). In deze paragraaf wordt een aantal buitenwettelijke alternatieven voor de specialiteit (en de eendaadse samenloop) dat leidt tot oplegging van de straf voor een enkel feit besproken.

Verskillende auteurs wijzen erop dat het leerstuk specialiteit te beperkt is om alle gevallen waarin, ondanks de schijnbare toepasbaarheid van meerdere strafbepalingen, slechts één strafbepaling toepasselijk is uitputtend te regelen. Voor hen is de specialiteitsverhouding slechts één van de oplossingen voor gevallen van (*schijnbare*) *wetsconcurfus* of *schijnbare samenloop*.<sup>20</sup> De opvattingen over andere interpretatiemethoden die leiden tot toepassing van een enkele strafbepaling lopen sterk uiteen. Vaak zijn zij ontleend aan buitenlandse rechtstelsels en is het niet goed mogelijk stellingen met rechterlijke beslissingen te staven.<sup>21</sup> In ieder geval valt op dat de terminologie weinig vast is. Dezelfde naam wordt door verschillende auteurs aan verschillende rechtsfiguren gegeven. Naast de *specialiteit* worden in de literatuur de leerstukken *derogatie*, *alternativiteit*, *subsidiariteit* en *consumptie* genoemd als oplossing voor het probleem dat verschillende strafbepalingen gelijktijdig van toepassing lijken.

Volgens de Hullu is sprake van derogatie waar een bepaalde wettelijke regeling voor een andere gaat. De derogatie is verwant aan de systematische specialis. Als voorbeeld noemt hij het geval dat een landelijke regeling voorrang heeft boven een plaatselijke.<sup>22</sup> Hij doelt daarmee expliciet niet op de gevallen waarin de lagere strafbepaling in strijd is met een hogere en om die reden buiten toepassing moet blijven. Dat een provinciale of gemeentelijke verordening die (anterieur of posterieur) met een strafbaarstelling een terrein betreedt dat een hogere wetgever uitputtend heeft willen regelen verval, volgt uit de Provinciewet en de Gemeentewet.<sup>23</sup> De oplossing voor de problemen die zich daar kunnen voordoen is dus staatsrechtelijk en niet strafrechtelijk van aard. De Hullu wijst erop dat strafbepalingen soms expliciete derogatieregelingen bevatten. Het betreft dan vooral bijzondere en lagere wetgeving, maar soms ook bepalingen in het commune strafrecht. Als voorbeeld van deze laatste categorie wijst hij op art. 109 Sr. Deze bepaling stelt straf op *elke feitelijke aanranding van de persoon van de Koning die niet valt in een zwaardere strafbepaling*. In het verlengde hiervan liggen bepalingen die elkaar meer impliciet uitsluiten. Als voorbeeld hiervan kan worden gewezen op de art. 310 en 321 Sr. Nergens wordt in één van deze bepalingen expliciet de toepasselijkheid van de andere uitgesloten. De respectieve bestanddelen *wegneemt, met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen* (art. 310 Sr) en *anders dan door misdrijf onder zich heeft* (art. 321 Sr) bewerkstelligen deze wederzijdse uitsluiting desalniettemin.<sup>24</sup>

Rommelink verstaat onder derogatie juist de gevallen waarin de tekst van de bepalingen zelf geen aanknopingspunten bevat voor het antwoord op de vraag welke bepaling

<sup>20</sup> Rommelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 849-857; De Jong, De macht van de telastelegging in het strafproces, o.c., p. 114, 115 Koopmans, Prologen materieel strafrecht, o.c., p. 239-241.

<sup>21</sup> Koopmans, Prologen materieel strafrecht, o.c. p. 240, 241.

<sup>22</sup> De Hullu, Materieel Strafrecht, o.c., p. 525.

<sup>23</sup> Kortmann, Constitutioneel recht, o.c., p. 449, 450, 464, 465. Rommelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 850 besteedt wel aandacht aan de voorrang van hogere en jongere wetgeving boven lagere en oudere onder de noemer schijnbare wetsconcurfus.

<sup>24</sup> De Hullu, Materieel Strafrecht, o.c., p. 525.

moet worden toegepast. De specialiteit van art. 55 lid 2 Sr ziet hij als een voorbeeld daarvan. De wederzijdse uitsluiting van diefstal en verduistering noemt hij als voorbeeld van alternativiteit. Enigszins duister is hij over het begrip subsidiariteit. Dat betreft volgens hem *de gevallen van 'onverminderd' enz.*<sup>25</sup> De enige bepaling in het Wetboek van Strafrecht die een delictomschrijving bevat die ik heb kunnen vinden waarin dit woord voorkomt is art. 151c. Het eerste lid van die bepaling stelt straf op, kort gezegd, het bedrijfsmatig bemiddelen bij een overeenkomst gericht op het uit handen geven van de opvoeding van een kind. Het tweede lid stipuleert dat die strafbaarstelling niet van toepassing is in geval, kort gezegd, de raad voor de kinderscherming die bemiddeling of de verzorging op zich neemt. Het woord *onverminderd* stelt buiten twijfel dat de bevordering van draagmoederschap (art. 151b) ook dan strafbaar blijft. Het lijkt erg twijfelachtig of Rummelink het oog heeft gehad op deze (of soortgelijke) bepaling(en).

Waarschijnlijker komt het mij voor dat hij juist bepalingen als het hierboven genoemde art. 109 Sr bedoelt: de strafbepaling vindt slechts toepassing indien geen zwaardere strafbepaling van toepassing is.<sup>26</sup> Consumptie lijkt voor Rummelink vooral een interpretatietechniek die men zowel bij de specialiteit als de eendaadse samenloop<sup>27</sup> onder kan brengen. De figuur kan goede diensten bewijzen in situaties waar door de keuze voor een bepaalde uitvoering van een bepaald delict eigenlijk per definitie tevens een ander delict wordt gepleegd. Dat andere delict wordt dan geacht op te gaan in het eerste. Daarbij hoeft niet gekozen te worden voor het zwaarste. Het gaat om het antwoord op de vraag welk delict de verdachte in feite moet worden geacht verwezenlijkt te hebben. In het Nederlandse recht heeft de consumptie volgens Rummelink geen expliciete ingang gevonden. Meestal leveren consumptievraagstukken geen probleem op omdat het OM niet alle feiten ten laste legt. Bij een doodslag door een pistoolschot in de borst wordt doorgaans niet tevens vernieling van een kledingstuk van de overledene ten laste gelegd.<sup>28</sup> Soms wordt het geconsumeerde feit echter toch opgenomen als gevolg van het feit dat dit noodzakelijkerwijs volgt uit de wijze van uitvoering van het 'hoofdfeit'. De feitelijke omschrijving in de telastlegging laat de rechter dan strikt genomen niet langer de ruimte het andere feit te negeren. Zo zullen zowel oplichting als valsheid in geschrifte herkenbaar zijn in een telastlegging die is toegespitst op het door valsheid in geschrifte een ander oplichten. Volgens Rummelink neemt de rechter in dergelijke gevallen aan dat het OM de valsheid in geschrifte niet als zelfstandig verwijt in de vervolging heeft willen betrekken en dat het voor dat onderdeel ook geen veroordeling nastreeft.<sup>29</sup>

#### 6.4 Een alternatieve samenloopregeling

Resumerend kan worden opgemerkt dat Titel VI van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafrecht verschillende rechtsfiguren noemt die de cumulatie van straffen blokkeren. Voor de toepasselijkheid van ieder van deze rechtsfiguren eist de Hoge Raad een zekere verwantschap tussen de strafbepalingen waaronder de bewezenverklaring kan worden gekwalificeerd. Die eis betreft dan steeds de strafbepalingen in ab-

<sup>25</sup> Rummelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 850.

<sup>26</sup> Vgl. Koopmans, Prologen materieel strafrecht, o.c. p. 240.

<sup>27</sup> Vgl. het 5<sup>e</sup>, 6<sup>e</sup> en 7<sup>e</sup> element uit het hiervoor besproken arrest HR 15 februari 1932, NJ 1932, 289 (Oude Kijk in 't Jatstraat).

<sup>28</sup> Voorbeeld van Koopmans, Prologen materieel strafrecht, o.c. p. 239.

<sup>29</sup> Rummelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 857.

stracto. Of feitelijk sprake was van een enkele handeling of sterk samenhangende handelingen is van ondergeschikt belang. De vraag of de strafbepalingen dezelfde strekking hebben (eendaadse samenloop), gelijksoortig zijn (voortgezette handeling) of hetzelfde rechtsgoed beschermen (specialiteit) staat steeds centraal. Deze verwantschap wordt dan nog vaak eng geïnterpreteerd. Dat verschillende strafbepalingen in dezelfde bijzondere wet, dezelfde Titel in het Wetboek van Strafrecht of zelfs in hetzelfde artikel staan, is op zich zelf onvoldoende. Buitenwettelijke mogelijkheden die aan de cumulatie van straffen in de weg staan, zijn in het Nederlands strafrecht nauwelijks tot wasdom gekomen.

Gevolg daarvan is dat al vrij snel meerdere strafbepalingen van toepassing zijn die tot elkaar staan in een verhouding van meerdaadse samenloop. De cumulatie van straffen die dan kan plaatsvinden, wordt door de wet weliswaar beperkt, het enkele feit dat cumulatie plaatsvindt, is soms onbevredigend. Omdat het opportuniteitsbeginsel het OM de vrijheid laat niet voor alle feiten die uit een bepaald(e) handeling(scomplex) kunnen worden geabstraheerd te vervolgen, hoeft het ontbreken van een allesomvattende regeling voor alle denkbare gevallen van (schijnbare) wetsconcurfus geen aanleiding tot problemen te geven.<sup>30</sup> Ook het feit dat bij toepassing van art. 57 Sr zelden het strafmaximum van het zwaarste feit wordt overschreden, maakt dat eventuele onbillijkheden in de samenloopregeling niet hoeven te leiden tot een onredelijk zware bestraffing in de praktijk.

Ons strafrecht gunt de rechter welbewust een zeer grote vrijheid bij de strafoplegging, getuige ook het ontbreken van bijzondere strafminima. Daaruit spreekt een groot vertrouwen van de wetgever in de rechter. Dit vertrouwen heeft wel geleid tot pleidooien om het onderscheid tussen eendaadse en meerdaadse samenloop maar helemaal te laten varen. De zeldzame gevallen van eendaadse samenloop lijken willekeurig gekozen, terwijl de figuur van meerdaadse samenloop nauwelijks tot problemen leidt. Het begrip *feit* zoals dat nu in de samenloopregeling staat, zou de betekenis moeten krijgen van *strafbaar feit*. Steeds als een gedraging valt binnen het bereik van verschillende strafbepalingen is dan sprake van wat wij thans (nog) meerdaadse samenloop noemen. De cumulatie zou dan wel beperkt moeten worden door een bepaling analoog aan het huidige art. 57 Sr. Het bestaan van een eventuele handelingseenheid kan de rechter dan meenemen bij de strafoplegging. Ook in die voorstelling zal het strafmaximum van het zwaarste feit zelden gehaald worden.<sup>31</sup>

Mijns inziens zijn er weinig redenen om dit grote vertrouwen in onze rechterlijke macht te relativiseren. Die enkele constatering is echter onvoldoende om te oordelen dat een wettelijke regeling van het samenloopprobleem eigenlijk overbodig is. Bij mijn weten heeft niemand uit het feit dat de rechter zelden tot nooit de maximumstraf oplegt de conclusie getrokken dat de strafmaxima uit ons Wetboek kunnen worden gemist.

De hiervoor reeds genoemde oplossing die voor beantwoording van de vraag of sprake is van eendaadse dan wel meerdaadse samenloop meer aansluiting zoekt bij het feitelijk gebeurde en bij de eenheid van schuld geniet dan ook mijn voorkeur.

<sup>30</sup> Koopmans, Prologen materieel strafrecht, o.c. p. 240.

<sup>31</sup> Franken, Hetzelfde feit, o.c., p. 31, 32.

### 6.4.1 Vergelijking met ‘hetzelfde feit’ in art. 68 Sr

Ten aanzien van art. 68 Sr (het verbod andermaal te vervolgen voor hetzelfde feit: ne bis in idem) heeft de Hoge Raad deze stap al geruime tijd geleden gezet. Vroeger werd aangenomen dat het begrip *feit* in de art. 55 en 68 Sr dezelfde betekenis had. Nadat de Hoge Raad in 1932 de betekenis van het begrip *feit* in art. 55 Sr sterk had ingeperkt werd in de rechtspraak rond art. 68 Sr aan het woord *feit* in eerste instantie dezelfde beperkte betekenis toegekend.<sup>32</sup> Later ontstond hieromtrent onduidelijkheid.

In ieder geval werd een steeds sterkere behoefte gevoeld om toch in ieder geval te verzekeren dat de verdachte niet steeds opnieuw werd lastig gevallen met vervolgingen die op hetzelfde gebeuren betrekking hadden.<sup>33</sup> Met name in gevallen die met samenloop niets hebben uitstaan kan het uiterst onbillijk zijn om bij beantwoording van de vraag of sprake is van hetzelfde feit de aandacht exclusief te richten op abstracte delictsomschrijvingen of het feit zoals dat ten laste is gelegd. Vrijspraak van diefstal belet geen nieuwe vervolging toegespitst op verduistering. Vrijspraak van moord op een bepaalde tijd en plaats houdt geen vrijwaring in tegen een nieuwe vervolging wegens moord van hetzelfde slachtoffer op een andere tijd of andere plaats. Sinds het begin van de zestigerjaren van de twintigste eeuw kan volgens de Hoge Raad ook wanneer de feiten los van elkaar kunnen worden geconstateerd en zij een verschillende ratio hebben een hernieuwde vervolging door art. 68 Sr worden uitgesloten. Dan moet sprake zijn van

omstandigheden, waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en den wezenlijken samenhang in het handelen en in de schuld van de dader, dat de strekking van art. 68 Sr medebrengt, dat degene, te wiens aanzien ter zake van overtreding van een der beide bepalingen onherroepelijk is beslist als in dit artikel bedoeld niet andermaal kan worden vervolgd ter zake van overtreding van de andere bepaling.<sup>34</sup>

Daarmee heeft *feit* in art. 68 Sr een andere, ruimere betekenis gekregen dan in art. 55 Sr<sup>35</sup>, al heeft de Hoge Raad in de zeventigerjaren ook nog een aantal malen een hernieuwde vervolging toegestaan in verband met een verschillende strekking van de betreffende strafbepalingen.<sup>36</sup>

Vanuit een perspectief van logica pleit niets ertegen voor art. 55 Sr eenzelfde weg in te slaan. Dat art. 68 Sr een andere ratio heeft dan art. 55 Sr volgt uit het feit dat ne bis in idem en samenloop verschillende leerstukken zijn. Dat brengt geenszins mee dat *dus* aan het begrip *feit* verschillende betekenissen moeten worden toegedicht.<sup>37</sup> Dat een andere uitleg van het begrip in art. 55 Sr evident onredelijke uitkomsten voor art. 68

<sup>32</sup> Onder meer HR 27 juni 1932, NJ 1932, 1659 (Brakelse kermis) waar meerdere feiten werden aangenomen op grond van *het kenmerkende* van de betreffende strafbepalingen.

<sup>33</sup> Bockwinkel, Beschouwingen over de nieuwe leer van de Hoge Raad omtrent samenloop van strafbare feiten, o.c., p. 139-149; R Emmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 599, 600.

<sup>34</sup> HR 21 november 1961, NJ 1962, 89 (Emmense bromfietser); HR 17 december 1963, NJ 1964, 385 (Joyriding II); HR 13 december 1994, NJ 1995, 252 (Spiegelbeeld).

<sup>35</sup> Expliciet in HR 17 december 1963, NJ 1964, 385.

<sup>36</sup> HR 18 januari 1972, NJ 1972, 378 (Joyriding IV); HR 25 maart 1975, NJ 1975, 296 (Beschonken zondagsrijder).

<sup>37</sup> Bockwinkel, Beschouwingen over de nieuwe leer van de Hoge Raad omtrent samenloop van strafbare feiten, o.c., p. 145.

Sr meebrengt, doet daar niet aan af. Wellicht is eerder sprake van een aanwijzing dat deze andere uitleg niet deugt dan dat het begrip in art. 68 Sr een andere betekenis moet krijgen dan in art. 55 Sr. Andersom geldt dat, wanneer de verschillende ratio van de respectieve bepalingen inderdaad zou nopen tot een verschillende uitleg van *hetzelfde feit*, daartegen op zich geen bezwaar bestaat.

### 6.4.2 Het object

Naar het mij voorkomt is geen klip en klaar antwoord te geven op de vraag wanneer sprake zou moeten zijn van eendaadse samenloop (of voortgezette handeling) enerzijds en meerdaadse samenloop anderzijds. Het strekkingscriterium (of de eis van gelijksoortigheid) als minimumeis is mij daarbij te hard en te willekeurig. Het beschermde rechtsbelang, de strekking of de gelijksoortigheid van de bepalingen in abstracto kan best een rol spelen. Deze zou echter niet altijd doorslaggevend moeten zijn. De eenheid van handeling en schuld, een meer feitelijke benadering derhalve, zijn evenzeer van belang.

Ook het object zou een rol moeten kunnen spelen. Wie met één explosie meerdere mensen (oneerbiedig: objecten) van het leven berooft, begaat niettegenstaande de eenheid van plaats, tijd, handeling en schuld, meerdere levensdelicten. Wie echter één huis in brand steekt, zou slechts voor óf het gemeen gevaar voor goederen óf het levensgevaar dat daarvan te duchten is moeten kunnen worden veroordeeld. Weliswaar zijn de goederen en de levens verschillende objecten, de brandstichting, en dat is het eigenlijke delict van art. 157 Sr, heeft betrekking op één object. Hetzelfde geldt voor het uitdelen van meerdere klappen aan één persoon. Dat is mits zij elkaar onmiddellijk opvolgen (en dus eenheid van plaats en tijd bestaat) één (zware) mishandeling. Ook verschillende handelingen met betrekking tot dezelfde partij heroïne zouden (als eendaadse samenloop of voortgezette handeling) tot de toepassing van één strafbepaling uit de Opiumwet (blijven) leiden.

Lastiger, of wellicht onwerkbaar, wordt het als dezelfde strafverzwarende omstandigheden aan meerdere delicten die op verschillende objecten zien, betrekking hebben. Zoals één inbraak waarbij vijf goederen gestolen worden. De verschillende goederen leveren evenveel diefstallen (art. 310 Sr) op en die zijn allemaal met braak begaan (art. 311 lid 1 onder 5 Sr). De braak had slechts betrekking op een enkel object. Zou dat dan even strafwaardig geacht moeten worden als vijf inbraken waarbij steeds één goed ontvreemd wordt? Ik meen van niet.

Iets soortgelijks geldt voor situaties waarin het ene delict ziet op hetzelfde object als waarop de strafverzwarende omstandigheid van het andere betrekking hebben. Dat speelt met name bij de gemeengevaarlijke misdrijven. Ten aanzien van art. 157 Sr werd hiervoor gesteld dat het object beoordeeld moest worden aan de hand van het eigenlijke delict en niet aan de strafverzwarende gevolgen.<sup>38</sup> Als iemand nu een moord begaat door het huis waarin zijn slachtoffer ligt te slapen in brand te steken begaat hij (tenminste) twee misdrijven, te weten moord (art. 289 Sr) en brandstichting waarvan levensgevaar voor een ander te duchten is en die iemands dood ten gevolge heeft (art. 157 onder 3 Sr). De moord en de brandstichting hebben dan betrekking op verschil-

<sup>38</sup> Hoezeer de in art. 157 Sr genoemde omstandigheden ook essentieel mogen zijn voor het ontstaan van ouderschap, in de kern kan men ze beschouwen als strafverzwarende omstandigheden.



lende objecten. Toch zou ik in dit voorbeeld geen geval van meerdaadse samenloop willen zien. Als we dan vals spelen en toch het object van het strafverzwarende gevolg in de beoordeling betrekken, ontstaat een nieuw probleem. De vraag dringt zich dan immers op of de brandstichting helemaal buiten beeld moet blijven of dat wel meerdaadse samenloop kan bestaan voor zover tevens gemeen gevaar voor goederen te duchten was.<sup>39</sup>

Maar ook afgezien van deze en soortgelijke problemen is het objectcriterium op zich zelf onvoldoende. Men kan immers zeer wel dezelfde persoon meerdere keren mishandelen of hetzelfde goed meerdere keren stelen. Dat neemt niet weg dat in een meer feitelijke benadering van *hetzelfde feit*, naast de eenheid van handeling en schuld, het objectcriterium nuttige diensten kan bewijzen.

Hetzelfde kan onder omstandigheden gelden voor de voortgezette handeling (zij het dat eenheid van handeling en gelijktijdigheid daarbij juist geen rol kunnen spelen). Mogelijk dat langs deze weg de hierboven besproken postbodecasus tot een bevredigender uitkomst zou hebben geleid. Er zullen gevallen blijven waarin bovengenoemde handvatten geen aanknopingspunten bieden voor een bevredigend resultaat. Wellicht dat het hierboven beschreven leerstuk consumptie voor sommige van die gevallen uitkomst bieden kan. Overigens zal ook altijd wel verschil van mening blijven bestaan over wat nu precies een bevredigende oplossing is.

#### **6.4.3 Betekenis van het voorgaande voor de samenloop van terroristische misdrijven**

Ook bij terroristische misdrijven doet zich de situatie voor dat op een enkele gedraging meerdere strafbepalingen toepasselijk zijn. Sterker, die situatie doet zich vrij veelvuldig voor. Dat heeft verschillende oorzaken.

Allereerst is ten aanzien van terroristisch misdrijven gekozen voor verschillende constructies die strafbaarheid in het leven roepen voordat het tot een werkelijke aanslag is gekomen. Een voorbeeld daarvan leveren de verschillende vormen van voorbereiding die in paragraaf 3.2 aan de orde kwamen. Ten aanzien van die verschillende strafbaarstellingen van voorbereiding had de wetgever voorzien in een specialiteitsregeling. Een samenloopprobleem doet zich dan niet voor. De wetgever is echter niet altijd zo nadenkend geweest. Samenloopproblemen bestaan mogelijk wel bij gelijktijdige toepasselijkheid van art. 140a Sr en een strafbaarstelling van samenspanning.

Een tweede oorzaak van samenloopproblemen is erin gelegen dat terroristische misdrijven vaak uit verschillende perspectieven strafbaar zijn gesteld. Dat houdt onder meer verband met de mondiale terrorismeverdragen die vaak tot een thematische strafbaarstelling verplichten. Dergelijke strafbaarstellingen kent het Nederlands strafrecht ook ten aanzien van misdrijven tegen de staat. Daarnaast zal bij grootschalige aanslagen vaak sprake zijn van gelijktijdige toepasselijkheid van één of meer gemeengevaarlijke misdrijven en één of meer geweldsmisdrijven.

<sup>39</sup> Bij moord speelt dit probleem vanzelfsprekend niet echt omdat dit delict op zich zelf al oplegging van de hoogste straf die ons recht kent, toestaat.

Ook vanuit een ander perspectief verdient de samenloop van terroristische misdrijven in dit onderzoek bijzondere aandacht. Het betreft dan de betekenis van het terroristisch oogmerk voor de strekking van de verschillende terroristische misdrijven. In het licht van de heersende samenloopjurisprudentie kan het feit dat de verschillende terroristische misdrijven met hetzelfde terroristisch oogmerk werden begaan mogelijk van betekenis zijn voor het antwoord op de vraag of die misdrijven niet tenminste gedeeltelijk een gedeelde strekking hebben.

Juist bij terroristische misdrijven lijkt er aanleiding te bestaan om de bestaande samenloopregeling kritisch opnieuw te doordenken. De strafverhoging van de WTM is, zoals bleek in paragraaf 2.1.2.1, atypisch streng. Voor de strafverhoging wegens samenloop geldt dat de hoogte ervan afhankelijk is van de hoogte van de sanctienorm van het feit dat met de hoogste straf wordt bedreigd. De strafverhoging van de WTM beïnvloedt daarmee direct de strafverhoging wegens samenloop in geval van samenloop van terroristische misdrijven. Door de Wet herijking strafmaxima kan in geval van meerdaadse samenloop van terroristische misdrijven onder omstandigheden zelfs een gevangenisstraf van meer dan twintig jaren worden opgelegd. Dat lijkt niet zonder meer redelijk.

### **6.5 Samenloopperikelen bij concrete terroristische misdrijven**

Omdat een samenloopregeling die zich eerder baseert op de eenheid van handelen en schuld veel genuanceerder is dan een regeling die zich volledig op de strekking van strafbepalingen in abstracto richt, kan de vraag naar de samenloop mijns inziens niet steeds zonder meer in één of enkele regel(s) worden beantwoord. In deze paragraaf zal, bij wijze van illustratie, een aantal concrete gevallen dat zich in de praktijk licht laat denken waarin sprake is van samenloop van verschillende terroristische misdrijven in detail worden besproken. Twee vragen zullen daarbij steeds centraal staan.

In de eerste plaats betreft dat de vraag of in de rechtspraak van de Hoge Raad, waarin het strekkingscriterium centraal staat, sprake zal zijn van eendaadse of van meerdaadse samenloop. De beantwoording van die vraag wordt voor terroristische misdrijven bemoeilijkt door de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk waardoor tamelijk ongelijksoortige misdrijven toch gedeeltelijk een gedeelde strekking kunnen hebben.

De tweede vraag die steeds zal terugkeren is of, mede in het licht van de hiervoor bepleite alternatieve samenloopregeling, een andere uitkomst aangewezen lijkt en of in de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van de betreffende bepalingen aanwijzingen gevonden kunnen worden die steun bieden aan die andere uitkomst. De beantwoording van deze vragen zal steeds in het teken staan van het centrale thema van dit hoofdstuk, te weten: in hoeverre heeft de inwerkingtreding van de WTM ertoe geleid dat de dader meer dan eens hetzelfde verwijt uit hoofde van verschillende strafbepalingen tegengeworpen kan krijgen.

Hieronder zal allereerst aandacht worden besteed aan samenloopproblemen rond de strafbaarstellingen van samenspanning en art. 140a Sr. Daarna zal beoordeeld worden of zich ook samenloopproblemen voor kunnen doen bij de toepassing van de art. 140 en 140a Sr. Vervolgens wordt, naar aanleiding van die problematiek in de zaak tegen de leden van de Hofstadgroep, de aandacht verlegd naar de verhouding tussen de art. 140 en 140a Sr. In de derde plaats komt de verhouding tussen terroristische gewelds-

misdrijven en gemeengevaarlijke misdrijven aan de orde. Tenslotte zal de verhouding van de thematische strafbaarstellingen van terroristische misdrijven met andere terroristische misdrijven worden besproken.

### 6.5.1 Strafbaarstellingen van samenspanning en art. 140a Sr

Hierboven, in paragraaf 3.3.1.1, kwam aan de orde dat de onmogelijkheid om succesvol wegens deelneming aan een terroristische organisatie te vervolgen een belangrijke reden is geweest om de strafbare samenspanning zo sterk uit te breiden. In de parlementaire geschiedenis is ook aandacht besteed aan de vraag of het bezwaarlijk kan zijn dat de samenspanning ook kan bestaan als de deelneming aan een terroristische organisatie wel kan worden bewezen. Op verschillende plaatsen wordt deze vraag ontkennend beantwoord. Het enige gevolg van een dergelijke doublure is dat de officier kan kiezen op welke bepaling hij zijn opsporingsonderzoek toespitst.<sup>40</sup> Daarbij wordt geen aandacht besteed aan de mogelijkheid dat de officier van justitie voor beide feiten gelijktijdig vervolgt. Als beide feiten bewezen kunnen worden, doet zich een samenloopprobleem voor.

Overigens moet opgemerkt worden dat de samenloopproblemen die in deze paragraaf aan de orde komen niet door de WTM zijn ontstaan. Ook voor die inwerkingtreding kon reeds sprake zijn van samenloop van een bijzondere strafbaarstelling van samenspanning en de deelneming aan een organisatie in de zin van art. 140 Sr. Ook kan van een doublure die erin bestaat dat de dader het terroristisch oogmerk meer dan eens tegengeworpen krijgt geen sprake zijn nu art. 140a Sr niet eist dat de deelnemer handelde met een terroristisch oogmerk. Behandeling van deze materie op deze plaats is desalniettemin aangewezen omdat de rol van het terroristisch oogmerk mogelijk wel gevolgen heeft voor de strekking van de onderscheiden strafbepalingen. Daarnaast is de omvang van het probleem sterk uitgebreid door het grote aantal strafbaarstellingen van samenspanning dat met de inwerkingtreding van de WTM is ingevoegd.

#### 6.5.1.1 Strekking van de onderscheiden strafbepalingen

Hoe verhoudt zich nu de strekking van art. 140a Sr tot die van bijvoorbeeld 289a Sr? Er zijn zeker overeenkomsten en verbanden aan te wijzen. Bij beide strafbepalingen staan het gevaarzettend karakter en het groepsoptreden voorop. De grond voor strafbaarstelling van art. 140 Sr, waar 140a Sr op voortborduurt, is onder meer gelegen in het feit dat van een samenwerkingsverband gericht op het begaan van misdrijven een grotere dreiging uitgaat dan van individuele criminele voornemens. Dat houdt onder meer verband met het feit dat van de organisatie ook druk uitgaat. Betrokkenen hebben afspraken gemaakt. Daar komen zij minder snel op terug dan op individuele voornemens.<sup>41</sup> Dit aspect is ook aanwezig bij de samenspanning. Het feit dat de samenspanners zich jegens elkaar verbonden hebben, vergroot de kans dat de voornemens ook werkelijk worden uitgevoerd.<sup>42</sup> Met name daarin ligt het gevaarzettende karakter van de samenspanning. Tevens valt op dat beide delicten naast dit collectief aspect ook een voorbereidend aspect kennen.<sup>43</sup> De strekking van beide strafbaarstellingen vertoont

<sup>40</sup> TK 2003-2004, 28463, nr. 10, p. 26; TK 2003-2004, 28463, nr. 29, p. 8; Hand. TK 2003-2004, nr. 31, p. 2207.

<sup>41</sup> De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 25, 26.

<sup>42</sup> De Waard, Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen, o.c. p. 215. Dit aspect rechtvaardigt volgens De Waard de onmogelijkheid van de individuele vrijwillige terugtred.

<sup>43</sup> De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 130, 142, 143; Mols, Strafbare sa-

daarmee meer overeenkomsten dan die van art. 140a Sr met enig (in materiële zin) voltooid terroristisch misdrijf dat door een eenling kan worden begaan.

Er zijn evenwel ook wezenlijke verschillen. Bij de art. 140 en 140a Sr staat de organisatie centraal. De grond voor strafbaarstelling wordt beredeneerd vanuit die organisatie. Het enkele bestaan van een gestructureerd samenwerkingsverband dat gedurende langere tijd het plegen van meerdere misdrijven tot doel heeft, wordt zo gevaarzettend geacht dat de ernst van de concrete misdrijven irrelevant wordt. De deelnemer hoeft niet eens precies te weten om welke misdrijven het gaat. Bij samenspanning staat daarentegen juist de ernst van het concrete misdrijf centraal. De grond voor strafbaarstelling wordt uit die ernst beredeneerd. Juist omdat het uiteindelijk te plegen misdrijf voor de samenleving zo desastreus kan zijn, moet reeds in een vroege voorfase opgetreden kunnen worden en strafbaarheid bestaan. Hoe sterk de organisatiegraad van de samenspanners is, of zij gedurende langere of kortere tijd optreden en of zij eventueel nog andere misdrijven beogen, wordt dan juist irrelevant.<sup>44</sup> Het komt mij voor dat de strekking van beide bepalingen daardoor, ondanks de overeenkomsten, toch wel verschillend is.

### 6.5.1.2 Gronden voor eendaadse samenloop

Indien de strekking van de art. 140 en 140a Sr enerzijds en de strafbaarstellingen van samenspanning anderzijds inderdaad verschillend is, is, naar de huidige stand van de rechtspraak, eendaadse samenloop uitgesloten.

Er valt ook wel iets voor te zeggen in abstracto uit te gaan van meerdadse samenloop. Het ene feit ontleent zijn strafwaardigheid volledig aan de ernst van het voorgenomen misdrijf, terwijl het andere juist aanknoopt bij een gevaar dat daar volledig los van staat, te weten het enkele bestaan van de organisatie. Dat kan men dan dus optellen. Wie deelneemt aan een organisatie die slechts het plegen van fraude beoogt, is minder strafwaardig dan degene die deelneemt aan een organisatie die tevens het ontvoeren van de koningin tot oogmerk heeft. En wie slechts samenspanst met zijn buurman om de koningin te ontvoeren, handelt minder laakbaar dan degene die voor de verwezenlijking van dit plan opereert binnen een organisatie die gedurende langere tijd allerlei delicten (bijvoorbeeld fraude) beoogt.

De Vries-Leemans sluit eendaadse samenloop tussen samenspanning en art. 140 Sr niet uit<sup>45</sup>, maar werkt dat niet verder uit. Het is dus niet duidelijk of zij van mening is dat beide strafbepalingen een zelfde strekking hebben of dat zij het onwenselijk vindt dat de deelnemer wiens bijdrage aan de organisatie slechts bestaan heeft in de samenspanning voor beide feiten wordt bestraft. In het licht van het strenge strekkingscriterium van de Hoge Raad en het verzet van De Vries-Leemans daartegen lijkt het laatste het meest waarschijnlijk. Dat neemt niet weg dat het verzet van De Vries-Leemans tegen de allesbeslissende betekenis van het strekkingscriterium in gevallen waarin de bijdrage van de deelnemer slechts bestaan heeft in het begaan van een misdrijf dat ook nog eens cumulatief ten laste is gelegd niet zonder grond is.

---

menspanning, o.c., p. 144, 145.

<sup>44</sup> De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 137-152.

<sup>45</sup> De Vries-Leemans, Art. 140 Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 79.

Bij samenspanning klemmt dit nog veel meer dan bij gewone voltooide misdrijven die ook door een eenling kunnen worden begaan omdat de strekking van beide bepalingen wel degelijk overeenkomsten vertoont.

In verband met de ruime uitleg die de Hoge Raad heeft gegeven aan het oogmerk tot het plegen van misdrijven in art. 140 Sr kan het overigens nog bedenkelijker worden. Het gaat dan om de situatie dat het enkele begaan van een misdrijf gelijktijdig wordt vervolgd als dat misdrijf en als deelneming aan een criminele organisatie terwijl het oogmerk om meerdere misdrijven te plegen voortvloeit uit de wijze van uitvoering van een enkele criminele gebeurtenis. Als de geplande ontvoering van het staatshoofd voorafgegaan wordt door de aanschaf van vuurwapens en de diefstal van een vluchtauto dan worden meerdere misdrijven gepleegd. Als dit gebeurt in een samenwerkingsverband dat duurzaam en gestructureerd is, kan aan een enkele deelnemer cumulatief ten laste worden gelegd: 1) deelneming aan een criminele organisatie, 2) verboden wapenbezit, 3) diefstal en 4) samenspanning tot een aanslag ondernomen met het oogmerk om de koningin van haar vrijheid te beroven. Als de organisatie slechts voor dit doel in het leven is geroepen of buiten dit doel slechts legale activiteiten ontplooit, lijkt de vraag gerechtvaardigd of het onder 1 ten laste gelegde nog wel zelfstandige betekenis heeft naast de feiten 2-4.

Maar ook afgezien van deze laatste situatie bestaan er, gezien het voorgaande, mijns inziens dus goede gronden om niet zonder meer uit te gaan van meerdaadse samenloop bij gelijktijdige toepasselijkheid van art. 140 Sr en een strafbaarstelling van samenspanning in verband met een enkele gedraging. Benadrukt zij dat het voorgaande betrekking had op de deelneming aan een gewone criminele organisatie als bedoeld in art. 140 Sr en de strafbaarstellingen van samenspanning zoals die voor de inwerkingtreding van de WTM bestonden.

Indien de strafbaarstelling van samenspanning betrekking heeft op een terroristisch misdrijf terwijl die samenspanning tevens als deelneming aan een terroristische organisatie in de zin van art. 140a Sr ten laste wordt gelegd, zou de ruimte voor het aannemen van meerdaadse samenloop beperkter geacht moeten worden. Dat houdt verband met het feit dat de deelneming aan een terroristische organisatie en samenspanning tot een terroristisch misdrijf wat betreft strekking dicht bij elkaar in de buurt komen dan deelneming aan een criminele organisatie en samenspanning tot een staatsgevaarlijk misdrijf. Bij beide dient het misdrijf (of de misdrijven) dat (die) beoogd wordt (worden) met een terroristisch oogmerk beoogd te worden.

Daarnaast komt betekenis toe aan het feit dat de lacunes die art. 140a Sr zou laten een voorname reden zijn geweest voor de strafbaarstellingen van samenspanning aanleiding kan zijn voor het oordeel dat beide strafbaarstellingen dezelfde strekking hebben. Dit feit, alsmede de (motivering van de) hoge sanctienorm van art. 140a Sr (vijftien jaren gevangenisstraf)<sup>46</sup> pleiten er mijns inziens sterk voor eendaadse samenloop aan te ne-

<sup>46</sup> De toelichting bij het amendement waarbij de strafverhoging van acht naar vijftien jaren is voorgesteld wijst erop dat de deelnemer aan een terroristische organisatie door het toepassen of faciliteren van grof geweld de fundamenteën van de rechtsstaat beoogt aan te passen. Daarnaast zou de sanctienorm van vijftien jaren beter in het systeem van de strafwet passen in verband met de sanctienormen van het soort misdrijven dat de terroristische organisatie beoogt te plegen. Die misdrijven worden allemaal met tenminste vijftien jaren gevangenisstraf bedreigd (als voorbeeld noemt

men bij gelijktijdige toepasselijkheid van art. 140a Sr en een strafbaarstelling van samenspanning. Dat zou dan slechts anders moeten zijn indien de deelnemer ook nog op andere wijzen heeft deelgenomen aan de terroristische organisatie dan door de samenspanning waarvoor hij wordt vervolgd.

### 6.5.2 Art. 140 en art. 140a Sr

Steeds als art. 140a Sr toepasselijk is, kan ook art. 140 Sr worden toegepast. Art. 140a Sr bevat immers alle bestanddelen van art. 140 Sr. Het verschil tussen de delictomschrijvingen is er slechts in gelegen dat voor de toepasselijkheid van art. 140a Sr vereist is dat het oogmerk van de organisatie van art. 140a Sr is gericht op het plegen van misdrijven van een bepaalde soort. Ten opzichte van art. 140 Sr is art. 140a Sr derhalve een gekwalificeerde logische specialis. Dat brengt evenwel niet mee dat er geen samenloopproblemen kunnen ontstaan bij gelijktijdige toepasselijkheid van de art. 140 en 140a Sr. Dergelijke problemen kunnen alleen ontstaan wanneer in het concrete geval geen sprake is van een specialiteitsverhouding tussen de art. 140 en 140a Sr.

Hieronder zal aan de hand van de zaak tegen leden van de zogenaamde Hofstadgroep worden aangetoond dat niet altijd evident is dat art. 140a Sr in een specialiteitsverhouding staat tot art. 140 Sr. Vervolgens zal de vraag worden beantwoord in hoeverre moet worden aangenomen dat art. 140a Sr geen specialis is van art. 140 Sr. Voor zo ver daarbij blijkt dat art. 140a Sr inderdaad niet onder alle omstandigheden moet worden aangemerkt als een specialis van art. 140 Sr zal voor de samenloopproblemen die als gevolg daarvan ontstaan een oplossing worden geboden.

Net als de vorige paragraaf handelt de onderhavige paragraaf niet over doublures in verband met het feit dat de dader het feit dat hij handelde met een terroristisch oogmerk meer dan eens krijgt tegengeworpen. Art. 140 Sr bevat immers geen enkele verwijzing naar het terroristisch oogmerk. De reden dat deze problematiek hier aan de orde komt is erin gelegen dat de eventuele samenloopproblemen die in deze paragraaf aan de orde komen het gevolg zijn van de invoering van art. 140a Sr. Het gaat dus om samenloopproblemen die een direct gevolg zijn van de WTM. Voor zover de dader daarbij hetzelfde verwijt meer dan eens krijgt tegengeworpen is dat dus eveneens een gevolg van de WTM.

#### 6.5.2.1 Hofstad

In de zaak die heeft geleid tot het vonnis van de rechtbank Rotterdam in de zaak tegen de Hofstadgroep<sup>47</sup> was zowel deelneming aan een criminele als deelneming aan een terroristische organisatie ten laste gelegd. De verdediging maakte hiertegen bezwaar met een beroep op de specialiteitsverhouding tussen beide bepalingen.

---

de toelichting doodslag); TK 2003-2004, 28463, nr. 21, p. 1. De toelichting gaat er daarbij volledig aan voorbij dat de deelnemer ook nog straf opgelegd kan krijgen voor de concrete misdrijven waarin het geweld dat hij heeft toegepast of gefaciliteerd heeft bestaan en aan het feit dat ook de samenspanning tot het doel van de organisatie (en hoe kan een organisatie een expliciet doel hebben zonder dat tot doel is samengespannen?), te weten die ernstige misdrijven die met tenminste vijftien jaren gevangenisstraf worden bedreigd, mogelijk zelfstandig kan worden bestraft.

<sup>47</sup> Compilatie van vonnissen in de zaak van veertien verdachten van de zogenaamde Hofstadgroep, Rb Rotterdam (nevenvestigingsplaats 's-Gravenhage, zitting houdende te Amsterdam), 10 maart 2006, LJN: AV5108.

De cumulatieve telastlegging van beide feiten beruiste op twee bijzondere omstandigheden. Allereerst betrof dat het feit dat de datum van inwerkingtreding van de WTM, en dus die van art. 140a Sr, gelegen was in de periode waarbinnen de deelnemingshandelingen van de verdachten zouden hebben plaatsgevonden. De deelnemingshandelingen die voor 10 augustus 2004 hadden plaatsgevonden waren ten laste gelegd als deelneming aan een gewone criminele organisatie. De tweede omstandigheid die redengevend was geweest voor de keuze om beide feiten cumulatief ten laste te leggen bestond erin dat de misdrijven waar het oogmerk van de organisatie betrekking op had tevens niet-terroristische misdrijven betrof. De telastlegging was voor de periode na 10 augustus 2004 slechts toegespitst op art. 140 Sr voor zover het ging om niet-terroristische misdrijven.

De telastlegging bestond aldus in een feit 1 (deelneming aan een criminele organisatie tot 10 augustus 2004) en een feit 2 (A deelneming aan een criminele organisatie na 10 augustus 2004 en B deelneming aan een terroristische organisatie).

De officier van justitie merkte in zijn repliek op dat van eendaadse samenloop geen sprake kan zijn nu de feiten 1 en 2A niet in meer dan één strafbepaling vallen. Daarna is de officier niet langer te volgen in zijn betoog. Zo stelt hij:

Ten aanzien van onderdeel B geldt dat artikel 140a een *logische specialis* is ten opzichte van artikel 140, door de wetgever als zodanig ook bedoeld. Bij bewezenverklaring moet worden gekwalificeerd naar zowel artikel 140 (voor onderdeel A) als naar artikel 140a (voor onderdeel B).

Alleen zal met het oog op de straftoemeting moeten worden vastgesteld dat het bij de onderdelen A en B gaat om gedragingen die door de verdachten zijn gepleegd in een *voortgezette handeling*; ze leveren op grond van de wettelijke indeling op zichzelf staande misdrijven op, maar staan door hun gelijktijdigheid en verwevenheid in zodanig verband met elkaar, dat zij als voortgezette handeling moeten worden gezien. Bij veroordeling terzake van feit 2 in beide onderdelen zal op grond van artikel 56 Sr dus alleen artikel 140a Sr moeten worden toegepast.<sup>48</sup>

De stelling van de officier van justitie is reeds om die reden onjuist dat hij de *gelijktijdigheid* van de gedragingen als argument hanteert voor de voortgezette handeling terwijl de kern van de voortgezette handeling nu juist in het consecutieve karakter van de verschillende gedragingen is gelegen.

De stelling dat zowel naar art. 140 Sr als naar art. 140a Sr moet worden gekwalificeerd volgt onmiddellijk op die dat art. 140a Sr een logische specialis is van art. 140 Sr. Voor zover beide stellingen in verband met elkaar moeten worden gelezen, is ook dit deel van de geciteerde overweging innerlijk tegenstrijdig. De exclusieve toepasselijkheid van de specialis brengt nu juist mee dat alleen naar de specialis mag worden gekwalificeerd.<sup>49</sup>

Daarnaast lijkt de geciteerde overweging te impliceren dat de officier uit het feit dat sprake is van een specialis afleidt dat sprake is van een voortgezette handeling.

<sup>48</sup> [www.om.nl/files/file.php?id=166](http://www.om.nl/files/file.php?id=166), p. 4.

<sup>49</sup> Pelsers, De naam van het feit, o.c., p. 188. Om die reden kan bij een enkelvoudige telastlegging die is toegespitst op de generalis geen kwalificatie plaatsvinden indien een specialis van toepassing. Bij een dergelijke enkelvoudige telastlegging dient de verdachte dan in beginsel (in paragraaf 3.2.4.1 bleek dat wel uitzonderingen op dit uitgangspunt worden aangenomen) te worden ontslagen van alle rechtsvervolgning.

Wat hier verder van zij, de rechtbank ziet in de wijze waarop de feiten ten laste zijn gelegd geen bezwaar. De twee omstandigheden die het openbaar ministerie ertoe hadden gebracht cumulatief de deelneming aan een organisatie als bedoeld in art. 140 Sr en de deelneming aan een organisatie als bedoeld in art. 140a Sr ten laste te leggen konden die telastlegging in de ogen van de rechtbank rechtvaardigen. De rechtbank acht het dus mogelijk dat één en dezelfde organisatie wordt aangemerkt als criminele en als terroristische organisatie, ook in dezelfde periode. De rechtbank besluit met op te merken dat zij, indien het tot een bewezenverklaring komt, toepassing zal geven aan de samenloopregeling van het Wetboek van Strafrecht. Uit het vonnis kan evenwel niet worden afgeleid of en, zo ja, hoe zij dit gedaan heeft.<sup>50</sup> Verschillende verdachten worden veroordeeld voor zowel deelneming aan een criminele als aan een terroristische organisatie. De straffen die daarbij zijn opgelegd lagen allemaal beneden het maximum van art. 140a Sr zodat zonder nadere motivering niet is na te gaan hoe de rechtbank de samenloop van de art. 140 en 140a Sr heeft opgelost. De vraag hoe samenloopproblemen zoals die zich in deze zaak voordeden, zouden moeten worden opgelost, heeft als gezegd slechts relevantie nadat is vastgesteld dat art. 140a Sr niet als specialis van art. 140 Sr kan worden aangemerkt. Dat dit het geval is in de door de rechtbank onderscheiden situaties is evenwel niet evident.

#### **6.5.2.2 Specialiteitsverhouding art. 140 Sr en art. 140a Sr**

Het voorgaande maakt duidelijk dat drie situaties moeten worden onderscheiden in de relatie tussen de art. 140 en 140a Sr. Die situaties zullen hieronder aan de orde komen. Daarbij dient het volgende te worden vooropgesteld. Art. 140a Sr is een gekwalificeerde logische specialis van art. 140 Sr. Dat is een vaststelling in abstracto. Hiervoor werd voor de samenloop een concrete benadering voorgestaan bij de beantwoording van de vraag of sprake is van eendaadse of meerdadse samenloop. Die benadering komt erop neer dat bij gelijktijdige toepasselijkheid van twee strafbepalingen niet zonder meer in het algemeen op basis van de aard van die strafbepalingen kan worden gesteld dat sprake is van eendaadse of van meerdadse samenloop. Beantwoording van die vraag zou aan de hand van de bijzonderheden van het concrete geval plaats moeten vinden door te letten op de strekking van de betrokken strafbepalingen, de eenheid van handeling en schuld en het object. Een dergelijke benadering is, zoals bleek, reeds vaker bepleit. De specialiteitsverhouding wordt doorgaans niet op soortgelijke wijze benaderd. In abstracto kan worden vastgesteld dat de ene strafbepaling een specialis is van de andere. Indien beide strafbepalingen op een enkele gedraging van toepassing kunnen zijn, wordt steeds aangenomen dat de specialis moet worden toegepast. Daaruit kan niet zonder meer worden geconcludeerd dat nimmer sprake zal kunnen zijn van een concretere toets aan de hand van de bijzonderheden van het individuele geval. Zeker bij atypische strafbepalingen als die van de art. 140 en 140a Sr kan de noodzaak van een concrete(re) benadering niet op voorhand worden uitgesloten. Eerst wanneer in een concreet geval geen sprake is van een specialiteitsverhouding zal een samenloopprobleem ontstaan. Daarvoor zullen dan wel sterke argumenten moeten bestaan. Aan de aanwezigheid van dergelijke argumenten zal hier aandacht worden besteed.

---

<sup>50</sup> In het vonnis zoals gepubliceerd worden ook niet de toegepaste wettelijke bepalingen aangehaald.



### De eerste situatie

De eerste situatie is de eenvoudigste. De deelneming aan een organisatie die slecht het plegen van terroristische misdrijven tot oogmerk heeft, wordt ten laste gelegd als deelneming in de zin van art. 140 Sr en als deelneming in de zin van art. 140a Sr. In dat geval is art. 140a Sr een logische specialis van art. 140 Sr. Alleen art. 140a Sr mag worden toegepast.

### De tweede situatie

De tweede situatie is die waarin de deelneming betrekking heeft op een organisatie die in dezelfde periode zowel het plegen van terroristische als van niet-terroristische misdrijven beoogt. De rechtbank merkte over deze situatie op dat eenzelfde organisatie gelijktijdig als criminele en als terroristische organisatie kan worden aangemerkt. De rechtbank meent kennelijk dat art. 140a Sr in een dergelijke situatie niet als specialis ten opzichte van art. 140 Sr heeft te gelden. De vraag is dan of dit oordeel juist is en, indien dat inderdaad het geval blijkt, of in een dergelijke situatie sprake is van eendaadse of van meerdaadse samenloop.

In de paragrafen 3.1.1.2 en 3.1.1.3 kwam aan de orde dat de ratio van art. 140 Sr gelegen is in bescherming van de samenleving tegen het bestaan van organisaties die gedurende langere tijd het plegen van een onbepaald aantal misdrijven van (mogelijk nog) onbestemde aard beogen. Art. 140 Sr stelt in lijn met die ratio een vaste straf op de deelneming aan een dergelijke organisatie ongeacht de aard van de concrete misdrijven die door de organisatie worden gepleegd of beoogd. Met de invoering van art. 140a Sr is voorzien in een soortgelijke strafbaarstelling van deelneming aan een organisatie die zich bezighoudt met een bepaalde categorie misdrijven, te weten terroristische misdrijven. Ook voor de deelneming aan die organisatie is de aard en het aantal van de misdrijven niet van belang. Zo geldt hetzelfde strafmaximum wanneer de organisatie bedreigingen met een terroristisch misdrijf betreft als wanneer de organisatie het plegen van moorden met een terroristisch oogmerk beoogt. Zodra de drempel (bij art. 140 Sr *misdrijven*, ter onderscheiding van *misdrijf* en van *overtreding(en)*; bij art. 140a Sr *terroristische misdrijven*, ter onderscheiding van (*terroristisch*) *misdrijf*, *misdrijven* en *overtreding(en)*) is gehaald, doen de concrete (terroristische) misdrijven voor de toepasselijke sanctienormen niet meer ter zake. Evenmin is dan nog van belang of de organisatie tevens legale activiteiten beoogt of zelfs een nobel einddoel nastreeft. Mijns inziens volgt hieruit dat geen relevantie meer toekomt aan de vaststelling dat de organisatie ook niet-terroristische misdrijven beoogt wanneer is komen vast te staan dat de organisatie het plegen van terroristische misdrijven beoogt. Indien vaststaat dat de organisatie een terroristische organisatie is, heeft de vaststelling dat tevens sprake is van een criminele organisatie dus geen betekenis meer.

Niet alleen de ratio van de strafbaarstelling van de art. 140 en 140a Sr brengt mee dat bij toepasselijkheid van art. 140a Sr geen ruimte meer zou moeten bestaan voor toepassing van art. 140 Sr. Ook de gedraging die in de art. 140 en 140a Sr strafbaar is gesteld wijst in die richting. Het gaat immers om deelneming aan de organisatie en niet aan de concrete misdrijven waarop het oogmerk van die organisatie betrekking heeft.<sup>51</sup>

<sup>51</sup> Daaraan doet mijns inziens niet af dat voor deelneming aan een organisatie op verschillende wijzen een relatie wordt geëist tussen de deelneming en de misdrijven. Voor deelneming is vereist dat de dader een aandeel heeft in gedragingen die strekken tot of verband houden met de verwe-

Dat op één enkele deelneming aan één enkele organisatie meerdere strafbepalingen van toepassing zijn, ligt niet voor de hand. Zodra vaststaat dat sprake was van deelneming aan een terroristische organisatie kan die deelneming geen deelneming aan een criminele organisatie meer zijn.

Mijns inziens leidt het voorstaande tot de conclusie dat ook in de tweede situatie sprake is van een specialiteitsverhouding tussen de art. 140 en 140a Sr. Er lijken geen argumenten aanwezig die de abstracte specialiteitsverhouding tussen de art. 140 en 140a Sr doorkruisen.

### De derde situatie

De derde situatie betreft die waarin eerst sprake is van deelneming aan een criminele organisatie en later van deelneming aan een terroristische organisatie. In de zaak tegen de Hofstadgroep hing dit samen met de inwerkingtreding van de WTM. Dezelfde organisatie met hetzelfde oogmerk was daarmee van de ene op de andere dag (tevens) een terroristische organisatie in plaats van (alleen) een criminele organisatie. Een soortgelijke situatie doet zich voor als het oogmerk van de organisatie in de loop der tijd verandert. Voor een organisatie in de zin van art. 140 Sr is immers ook niet vereist dat de organisatie is opgericht om misdrijven te plegen. Ook wanneer het oogmerk om misdrijven te plegen later ontstaat, is sprake van een criminele organisatie. Dat geldt dan dus ook voor een terroristische organisatie. Zodra de organisatie (mede) het oogmerk heeft terroristische misdrijven te plegen, moet de organisatie dus worden aangemerkt als een terroristische organisatie als bedoeld in art. 140a Sr.

Wat betekent het feit dat de organisatie in deze derde situatie niet gelijktijdig maar achtereenvolgens een criminele en een terroristische organisatie is voor de specialiteitsverhouding tussen de art. 140 en 140a Sr? Mijns inziens helemaal niets. Anders dan de officier van justitie en de rechtbank kennelijk meenden in de zaak tegen de hofstadgroep is nog steeds sprake van een enkele deelneming aan een enkele organisatie.

Deelneming in de zin van de onderhavige bepalingen is immers een voortdurend delict.<sup>52</sup> Dat brengt mee dat voor beantwoording van de vraag of sprake is van deelneming aan een organisatie geen betekenis toekomt aan het antwoord op de vraag of sprake is geweest van een enkele deelnemingshandeling of van een groot aantal deelnemingshandelingen gedurende een langere periode. De art. 140 en 140a bedreigen niet de deelnemingshandeling of zelfs iedere deelnemingshandeling met straf maar de deelneming. Die deelneming kan zowel uit een enkele deelnemingshandeling als uit

---

zenlijking van het oogmerk, dan wel deze gedragingen ondersteunt. Daarnaast is voor deelneming in de zin van art. 140 Sr vereist dat de dader weet dat de organisatie het plegen van misdrijven beoogt. Voor deelneming aan een terroristische organisatie is zelfs wetenschap vereist van het feit dat het oogmerk van de organisatie betrekking heeft op terroristische misdrijven zo werd in paragraaf 3.1.3.2 betoogd.

<sup>52</sup> R Emmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 120. Hij noemt weliswaar slechts het tweede lid van art. 140 Sr, er is geen reden de deelneming van het eerste lid anders te behandelen. Noyon, Langemeijer, R Emmelink, o.c., aant. 4 bij art. 140 Sr merkt op: *“Deelnemen” kan taalkundig zowel de daad van een ogenblik zijn (het doen van een gift ineens) als een doorlopend gedrag (lid zijn). Ook het lid blijven nadat de vereniging een ongeoorloofd doel is gaan nastreven, valt dus onder het artikel.* Mijns inziens kan deze opmerking bezwaarlijk anders verstaan worden dan dat de minimumvoorwaarde voor deelneming (naast het behoren tot het samenwerkingsverband) de enkele deelnemingshandeling (zoals het doen van een gift) is. Indien de deelnemer meerdere deelnemingshandelingen verricht, blijft evenwel van dezelfde deelneming sprake.

een oneindig aantal deelnemingshandelingen bestaan. Indien inderdaad van meerdere deelnemingshandelingen sprake is, strekt die enkele deelneming zich uit over een kortere of langere periode. Indien de organisatie waarop de enkele deelneming (in de zin van meerdere deelnemingshandelingen) ziet gedurende de periode waarin die enkele deelneming plaatsvindt van karakter verandert in die zin dat vanaf een bepaald moment het oogmerk om misdrijven te plegen wordt opgevolgd door het oogmerk om terroristische misdrijven te plegen, zijn op die enkele deelneming *tegelijktijd* meerdere strafbepalingen toepasselijk. Indien de art. 140 en 140a Sr tegelijkertijd van toepassing zijn, zal, in verband met de specialiteitsverhouding tussen beide bepalingen, alleen art. 140a Sr voor toepassing in aanmerking komen.

### **Deelnemingsperikelen bij de tweede en de derde situatie**

Bij de tweede en de derde situatie moet men er wel op bedacht zijn dat art. 140a Sr niet zonder meer toepasselijk is voor iedere deelnemer aan de organisatie. Met samenloop of specialiteit heeft dat evenwel niets uitstaan.

Voor de tweede situatie geldt dat de mogelijkheid bestaat dat de deelneming slechts betrekking heeft op gewone misdrijven die in de betreffende periode door de organisatie werden beoogd. Dat is een gevolg van het feit dat in de rechtspraak van de Hoge Raad, overigens op goede gronden, voor de deelneming aan de organisatie een relatie wordt geëist tussen de deelnemingshandelingen en het opzet van de deelnemer enerzijds en het oogmerk van de organisatie anderzijds. Indien de bijdrage van de deelnemer slechts strekte tot of verband hield met het ondersteunen van of een aandeel hebben in het plegen van de gewone misdrijven die door de organisatie werden beoogd en / of indien de wetenschap van die deelnemer slechts op die gewone misdrijven betrekking had, kan deze deelnemer niet geacht worden deel te hebben genomen aan een terroristische organisatie. Ten aanzien van deze deelnemer behoudt de vaststelling dat de organisatie naast een terroristische organisatie tevens een gewone criminele organisatie is dus wel betekenis. Slechts voor die deelneming zal hij kunnen worden veroordeeld.

Iets soortgelijks geldt vanzelfsprekend voor de derde situatie ten aanzien van de deelnemer die geen deelnemingshandelingen meer heeft verricht vanaf het moment dat de organisatie het plegen van terroristische misdrijven tot oogmerk heeft. Hij zal slechts kunnen worden veroordeeld voor deelneming aan een gewone criminele organisatie. De bewezenverklaring en kwalificatie zullen ook slechts betrekking kunnen hebben op de periode waarin hij feitelijk aan de organisatie heeft deelgenomen.

Voor de deelnemers die in de derde situatie zowel aan de organisatie hebben deelgenomen voordat deze het oogmerk had (of in verband met de inwerkingtreding van de WTM geacht kan hebben) om terroristische misdrijven te plegen als daarna ligt dit ingewikkelder. De bewezenverklaring en / of kwalificatie kunnen / kan met betrekking tot art. 140a Sr dan niet zien op de gehele periode waarin de deelneming aan de organisatie feitelijk plaatsvond.<sup>53</sup> Omdat voor de toepasselijkheid van de art. 140 en

<sup>53</sup> Daarbij moet dan worden onderscheiden tussen de situatie waarin het oogmerk om terroristische misdrijven te plegen wel gedurende de gehele periode aanwezig is maar pas vanaf een bepaald moment in die periode (in verband met de inwerkingtreding van de WTM) strafbaar is en de situatie waarin dat oogmerk pas op een bepaald moment in die periode ontstaat. In het eerste geval

140a Sr geen betekenis toekomt aan het aantal deelnemingshandelingen en de duur van de deelneming blijven discrepanties tussen de duur van de periode waarin feitelijk werd deelgenomen aan de organisatie en de periode waarop de bewezenverklaring en / of kwalificatie betrekking hebben / heeft zonder gevolgen.

Het openbaar ministerie zou niet de mogelijkheid moeten hebben dit uitgangspunt te doorkruisen door de enkele deelneming ten aanzien van verschillende periodes als verschillende feiten (de eerste periode (tot 10 augustus 2004) als feit 1 toegespitst op art. 140 Sr en de tweede (na augustus 2004) als feit 2 toegespitst art. 140a Sr) cumulatief ten laste te leggen. Wanneer de rechter met een dergelijk geval wordt geconfronteerd zal hij beide feiten bewezen kunnen verklaren. Formeel zal hij ook beide feiten kunnen kwalificeren nu de specialis van art. 140a Sr niet toepasselijk is voor de periode waarvoor art. 140 Sr ten laste is gelegd en bewezen is verklaard. Omdat de deelneming een voortdurend complex van handelingen is, moet de rechter in een dergelijk geval de deelneming als een enkele ‘gedraging’ opvatten. Buiten de telastlegging van feit 1 om constateert de rechter dan dat op die gedraging een specialis (feit 2) van toepassing is. Het feit dat dezelfde ‘gedraging’ als feit 2 naar de specialis kan worden gekwalificeerd brengt dan mee dat feit 1 niet gekwalificeerd kan worden. Dat houdt ten aanzien van deelnemingshandelingen die voor 10 augustus 2004 zijn verricht niet in dat terugwerkende kracht wordt verleend aan de strafbepaling van art. 140a Sr. Deze mogelijkheid bestaat immers alleen ten aanzien van deelnemers die na die datum handelingen hebben verricht die als deelneming aan een terroristische organisatie hebben te gelden.<sup>54</sup> De kwalificatie blijft ook beperkt tot het deel van de bewezenverklaring dat op deelnemingshandelingen ziet die na die datum hebben plaatsgevonden.

De periode waarop de bewezenverklaring en / of kwalificatie zien / ziet, zal dus de periode moeten betreffen waarin de organisatie het oogmerk had om terroristische misdrijven te plegen, de bijzondere strafbaarstelling van art. 140a Sr in werking was en de deelnemer in verband met de relatie tussen de deelnemingshandelingen en het opzet van de deelnemer enerzijds en de door de organisatie beoogde misdrijven anderzijds geacht kan worden aan de terroristische organisatie te hebben deelgenomen. Dat die periode mogelijk korter is dan de periode waarin de deelnemer feitelijk heeft deelgenomen en de periode waarin de organisatie feitelijk het plegen van (terroristische) misdrijven heeft beoogd, doet daaraan niet af. Het feit dat voor het overige gedeelte van de langere periode art. 140 Sr wel toepasselijk zou kunnen zijn, is dus geen reden om aan te nemen dat voor art. 140 Sr nog een zelfstandige rol is weggelegd naast art. 140a Sr.

---

kan de deelneming aan een terroristische organisatie wel voor de gehele periode bewezen worden verklaard maar slechts voor een gedeelte van die periode worden gekwalificeerd. In de tweede situatie kunnen de bewezenverklaring en kwalificatie allebei slechts op een gedeelte van de periode waarin feitelijk aan de organisatie werd deelgenomen betrekking hebben.

<sup>54</sup> In HR 5 september 2006, LJN: AV4144 overweegt de Hoge Raad dat *art. 140a Sr gelet op de strafbedreiging niet een voor de verdachte gunstiger bepaling in de zin van art. 1, tweede lid, Sr is die voor toepassing op voordien gepleegde feiten in aanmerking zou kunnen komen*. Met die overweging is de hier verdedigde opvatting niet in strijd omdat de betrokken overweging betrekking had op de fundamenteel verschillende situatie dat de deelneming (in de zin van het totale complex van deelnemingshandelingen) volledig voor 10 augustus 2004 had plaatsgevonden. Toepassing van art. 140a Sr zou dan inhouden dat terugwerkende kracht aan die bepaling wordt verleend, hetgeen alleen toegestaan zou zijn indien art. 140a Sr met een geringere straf wordt bedreigd dan art. 140 Sr.

### 6.5.2.3 Afsluiting

In het voorgaande is gesteld dat de enkele deelneming aan een enkele organisatie die zowel zou kunnen worden gekwalificeerd naar art. 140 als naar art. 140a Sr altijd moet worden gekwalificeerd naar art. 140a Sr omdat die bepaling een specialis is ten opzichte van art. 140 Sr. Samenloopp Problemen doen zich dus niet voor indien het een enkele deelneming aan een enkele organisatie betreft. Zodra de organisatie het oogmerk tot het plegen van terroristische misdrijven heeft en de strafbaarstelling van art. 140a Sr in werking is, moet art. 140a exclusief worden toegepast. Daarbij komt geen betekenis toe aan het antwoord op de vraag of de organisatie eerder of tegelijkertijd (tevens) het oogmerk om gewone misdrijven had. De invoeging van art. 140a Sr heeft op dit punt dus niet tot doublures geleid.

### 6.5.3 Gemeengevaarlijke misdrijven en geweldsmisdrijven

Hiervoor, in de paragrafen 2.1.1.2 en 3.5, werd aandacht besteed aan de gemeengevaarlijke misdrijven van de art. 157 en volgende Sr. Op die plaatsen werd geconstateerd dat deze misdrijven een culpose of doleuse handeling behelzen waarvan een gevaar te duchten is (of waardoor een gevaar ontstaat) dat aan ieder schuldbestanddeel is onttrokken.

In deze paragraaf zal aandacht worden besteed aan de vraag of samenloop van gemeengevaarlijke misdrijven en doleuse geweldsmisdrijven kan optreden en hoe daarmee in voorkomende gevallen dient te worden omgegaan. De nadruk zal daarbij allereerst liggen op de verhouding tussen deze misdrijven in het algemeen zoals deze ook reeds voor de inwerkingtreding van de WTM bestond. Vervolgens zal bijzondere aandacht worden besteed aan de betekenis van het feit dat deze misdrijven als terroristisch misdrijf kunnen worden begaan voor deze samenloopp Problemen. Anders dan bij de gevallen die hiervoor aan de orde kwamen, brengt die mogelijkheid immers mee dat de dader meer dan eens het verwijt tegengeworpen krijgt dat hij handelde met een terroristisch oogmerk.<sup>55</sup> Dat zijn voor deze gevallen dus de doublures die door de WTM zijn ontstaan.

#### 6.5.3.1 Gelijktijdige toepasbaarheid

Voor het te duchten zijn van een gevaar is, als gezegd, niet vereist dat de dader schuld aan of opzet op het ontstaan en de verwezenlijking van het gevaar zou hebben gehad. Dat een bepaald gevaar te duchten is, sluit evenwel niet uit dat wel sprake is van opzet op de verwezenlijking van de gevolgen van dat gevaar of dat sprake zou zijn van schuld aan die verwezenlijking wanneer zij zou zijn opgetreden. Dat geen opzet op of schuld aan het ontstaan van enig gevaar behoeft te bestaan, sluit dan ook geenszins uit dat de betreffende bepaling ook van toepassing is wanneer dat opzet of die schuld wel aanwezig is.

Juist vanwege de betekenis van *duchten* (normaal voorzienbaar gevolg) is zelfs erg waarschijnlijk dat de dader beseft heeft (feitelijk) of had moeten beseffen (normatief) dat de

<sup>55</sup> Dit aspect speelde niet bij de hiervoor besproken verhouding tussen de bijzondere strafbaarstellingen van samenspanning en art. 140a Sr en de verhouding tussen de art. 140 en 140a Sr omdat bij de strafbaarstelling van art. 140a Sr het terroristisch oogmerk geen zelfstandige rol speelt bij de strafbaar gestelde gedraging. Dat oogmerk is in die strafbepaling immers het oogmerk waarmee de organisatie beoogt misdrijven te begaan en niet (noodzakelijkerwijs) het oogmerk waarmee de deelnemer handelt.

verwezenlijking van het gevaar een reële mogelijkheid was. In verband met de ruime invulling van het bestanddeel opzet (met name in de voorwaardelijke variant)<sup>56</sup> zal wanneer de dader wist dat het gevolg van de gedraging als normaal gevolg kon worden verwacht vaak tevens sprake zijn van een doleus geweldsmisdrijf.

Zo leveren de aanslagen van 11 september 2001 niet slechts moord (art. 289 Sr) op, maar tevens in ieder geval<sup>57</sup> het veroorzaken van een ontploffing waarvan levensgevaar voor een ander te duchten is met de dood ten gevolge (art. 157 onderdeel 3° Sr), het doen verongelukken van een luchtvaartuig waarvan levensgevaar voor een ander te duchten is met de dood ten gevolge (art. 168 onderdeel 2° Sr) en het vernielen van een gebouw waarvan levensgevaar voor een ander te duchten is met de dood ten gevolge (art. 170 onderdeel 3° Sr).<sup>58</sup>

### 6.5.3.2 Verschillende strekking

Gegeven het belang dat bij de vaststelling van de strekking van onderscheiden rechtsgoederen aan het beschermde rechtsbelang van die strafbepalingen wordt gehecht<sup>59</sup> en het verschil in beschermd rechtsbelang tussen de gemeengevaarlijke misdrijven en levensdelicten als moord<sup>60</sup> moet worden aangenomen dat hier, naar de huidige stand van de rechtspraak, sprake is van meerdaadse samenloop.

<sup>56</sup> Over voorwaardelijk opzet, het ruime bereik daarvan, onduidelijkheden daaromtrent en verschillende visies daarop zie onder (veel) meer: Brouns, Opzet in het Wetboek van Strafrecht, o.c., p. 207-240; De Hullu, Materieel strafrecht, o.c., p. 219-234; D.H. de Jong, Groeiende aandacht voor het materiële strafrecht?, DD 30 (2000), afl. 9, p. 857; D.H. de Jong, Het strafrechtelijk opzet anno 2003: vooral een psychologisch of vooral een normatief begrip?, RM Themis 2004, p. 76-78; D.H. de Jong en M. Kessler, De HIV-test voor het voorwaardelijk opzet en andere leerstukken, NJB 2002, p. 2230-2237; Kelk, Studieboek materieel strafrecht, o.c., p. 180-194; Keulen / Otte, Opzet en schuld, o.c.; W. Nieboer, Wetens en willens, Gouda Quint, Arnhem; W. Nieboer, G.A.M. Strijds, Toerekening van gevolgen – om het eigen juridische karakter, DD 10 (1980), afl. 1, p. 7-17; J.M. Reijntjes, Het aannemen van opzet, in: Groenhuijsen en Simmelink (red.), Glijdende Schalen. Liber amicorum J. de Hullu, o.c., p. 473-490; J.M. Reijntjes, Opzet of toerekening?, RM Themis 2004, p. 79-82; Reijntjes, een afrekening, Over het toerekenen van gedrag aan daders en mededaders, o.c.; Rammelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, o.c., p. 204-208; K. Rozmond, De methode van het materiële strafrecht, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2006, p. 61-69; HR 9 november 1954, NJ 1955, 55 (Cicero); HR 19 februari 1985, NJ 1985, 633 (Aanmerkelijke kans); HR 22 oktober 1985, NJ 1986, 346; HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199 (Porsche); HR 9 juni 1998, NJ 1998, 731; HR 23 januari 2001, NJ 2001, 327; HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552 (HIV-1); HR 24 juni 2003, NJ 2003, 555 (HIV-2); HR 20 januari 2004, NJ 2004, 214; HR 17 februari 2004, NJ 2004, 323; HR 18 januari 2005, NJ 2005, 154 (HIV-3); Hof Amsterdam 2 juni 2005, NJ 2005, 317; HR 6 september 2005, NJ 2006, 50.

<sup>57</sup> Daarnaast is uiteraard sprake van vliegtuigkaping met de dood ten gevolge (art. 385a lid 3 Sr). Dit misdrijf blijft hier buiten beschouwing omdat het geen gemeengevaarlijk misdrijf betreft. Mogelijk is ook het misdrijf van art. 385b lid 1 onderdeel 3° Sr (geweld tegen inzittenden waardoor de veiligheid van het luchtvaartuig in gevaar wordt gebracht en het feit iemands dood ten gevolge heeft) gepleegd. Dat betreft wel een gemeengevaarlijk misdrijf. Vanwege onzekerheid over de precieze gebeurtenissen aan boord van de vier luchtvaartuigen blijft ook dit misdrijf hier buiten beschouwing.

<sup>58</sup> Allemaal meerdere malen gepleegd.

<sup>59</sup> Zie onder meer: HR 22 september 1981, NJ 1981, 644 en HR 24 april 1984, NJ 1984, 639.

<sup>60</sup> Het gerechtshof 's-Gravenhage bepaalde, overigens in geheel ander verband, in de zaak tegen terreurverdachte Samir Azzouz (Hof 's-Gravenhage 18 november 2005, LJN: AU6181): *Ten aanzien van artikel 157 van het Wetboek van Strafrecht staat als beschermd belang voorop de algemene veiligheid van personen of goederen, bij artikel 289 van het Wetboek van Strafrecht het menselijke leven.*

Ten aanzien van de verschillende gemeengevaarlijke misdrijven onderling is dat minder evident. Die beschermen allemaal immers de algemene veiligheid van personen en / of goederen. Toch zal, zoals ook bleek uit het voorbeeld van de brandende theedoek, ook hier niet zonder meer eendaadse samenloop aangenomen kunnen worden.

Bij de hiervoor genoemde voorbeelden van eendaadse samenloop uit de jurisprudentie gaat het steeds om gevallen waarbij het begaan van het ene misdrijf (vervoeren van heroïne, het plegen van ontuchtige handelingen die (mede) bestaan in het seksueel binnendringen van het lichaam) nauwelijks denkbaar is zonder dat tevens het andere misdrijf (aanwezig hebben van heroïne, het plegen van ontuchtige handelingen) begaan wordt. Ook de criteria 2 tot en met 7 uit het arrest Oude Kijk in 't Jatstraat benadrukken het belang van een dergelijk verband tussen de onderscheiden strafbepalingen. Voor zover ook heden ten dage nog gewicht aan die criteria wordt toegekend, zullen zij verdere steun geven aan de stelling dat de verschillende gemeengevaarlijke misdrijven zich tot elkaar verhouden in een relatie van meerdaadse samenloop.

### 6.5.3.3 Een alternatieve invulling voor de samenloop

Hiervoor werd geconcludeerd dat wanneer een enkele gedraging zowel een geweldsmisdrijf als een gemeengevaarlijk misdrijf oplevert, in het licht van de doorslaggevende betekenis die aan het strekkingscriterium toekomt in de samenloopjurisprudentie van de Hoge Raad, sprake is van meerdaadse samenloop. Dat brengt mee dat, voor zover niet reeds voor één der feiten levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd, volgens art. 57 lid 2 Sr beperkte strafcumulatie plaats kan vinden. Het is de vraag of dit steeds redelijk is.

Alhoewel de strekking van de strafbaarstellingen van gemeengevaarlijke misdrijven en geweldsmisdrijven steeds een verschillende is, bestaan er wel overeenkomsten tussen beide categorieën strafbepalingen die ook in de sanctienormen zijn verdisconteerd. Zo strekt de strafbaarstelling van moord tot bescherming van het menselijk leven. Het verlies van mensenlevens speelt ook een belangrijke rol bij de strafbaarstelling van opzettelijke brandstichting of het opzettelijk veroorzaken van een ontploffing (art. 157 Sr). Indien van het feit 'slechts' gemeen gevaar voor goederen te duchten is, kan een gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren worden opgelegd. Indien levensgevaar voor een ander te duchten is, wordt deze straf verhoogd tot vijftien jaren. Indien van het feit levensgevaar voor een ander te duchten is en het tevens de dood ten gevolge heeft, kan levenslange gevangenisstraf of tijdelijke van ten hoogste dertig jaren worden opgelegd. Daarmee hebben de beide strafbepalingen in ieder geval gedeeltelijk betrekking op de bescherming van hetzelfde rechtsgoed. In die zin bestaat wel degelijk een band tussen beide strafbepalingen. Het komt mij voor dat onder deze omstandigheden niet dezelfde ruimte zou moeten bestaan voor strafcumulatie als in gevallen waarin een dergelijke band tussen de strafbepalingen ontbreekt.<sup>61</sup>

Wat zou het volgende moeten betekenen voor concrete situaties waarin sprake is van samenloop van de art. 157 en 289 Sr?<sup>62</sup> Indien een brand wordt gesticht om te doden

<sup>61</sup> Dat die cumulatie door art. 57 lid 2 Sr wordt beperkt, doet daaraan niet af nu deze cumulatie niet beperkt is tot gevallen als de onderhavige. Die beperking geldt altijd, dus ook als tussen de verschillende feiten en sanctienormen geen enkel verband bestaat.

<sup>62</sup> In het vervolg zal het feit dat bij deze misdrijven al snel geen sprake is van ruimte voor verdere

is (uiteraard onder de voorwaarde dat tevens sprake is van voorbedachten rade) sprake van moord. De eenheid van tijd, handeling en schuld overheerst dan zodanig dat voor een zelfstandige toepassing van en bestraffing in verband met de brandstichting van art. 157 Sr mijns inziens in beginsel geen ruimte meer zou moeten bestaan.

Desalniettemin zou meerdaadse samenloop niet zonder meer voor alle gevallen zonder meer onmogelijk moeten zijn. Voor zover van een opzettelijke brandstichting (tevens) levensgevaar voor een ander dan het beoogde moordslachtoffer te duchten is, kan (mits de dader geen voorwaardelijk opzet had op zijn overlijden) nog ruimte voor meerdaadse samenloop aanwezig geacht worden. Wanneer met een enkele brandstichting meerdere moorden worden gepleegd is sprake van moord meermalen gepleegd. Dat bij een pluraliteit van slachtoffers dan geen meerdaadse samenloop kan plaatsvinden door ten aanzien van het ene slachtoffer art. 289 Sr en daarnaast ten aanzien van het andere art. 157 onderdeel 2° of 3° toe te passen, valt niet in te zien.

Indien opzettelijk een ontploffing wordt veroorzaakt met het doel om te doden terwijl daarvan tevens (al dan niet beoogd) gemeen gevaar voor goederen te duchten is, is in de eerste plaats sprake van moord (eventueel meerdere malen gepleegd) en daarnaast van het misdrijf van art. 157 onderdelen 1° en 3° Sr. Voor strafoplegging wegens het derde onderdeel van art. 157 Sr is in verband met de eenheid van tijd, handeling en schuld geen plaats meer. Voor strafoplegging in verband met het eerste onderdeel kan dat anders liggen. De band die hiervoor werd geconstateerd tussen moord en brandstichting in verband met de bescherming van het menselijk leven ontbreekt ten aanzien van de moord en dit eerste onderdeel van de strafbaarstelling van het veroorzaken van de ontploffing.

#### 6.5.3.4 Doublures door de WTM

Hiervoor werd opgemerkt dat tussen dodelijke geweldsmisdrijven en gemeengevaarlijke misdrijven een band bestaat voor zover gemeengevaarlijke misdrijven hetzelfde belang beschermen. Die band zou mee moeten brengen dat vaker sprake is van eendaadse samenloop dan volgt uit de rechtspraak van de Hoge Raad.

De band tussen beide bepalingen is door de inwerkingtreding van de WTM versterkt doordat beide feiten met een terroristisch oogmerk kunnen worden begaan door één enkele handeling. Indien aan dit laatste aspect gewicht wordt toegekend kan dat overigens niet zonder gevolgen blijven voor de samenloop van die misdrijven indien zonder terroristisch oogmerk wordt gehandeld.<sup>63</sup>

De band die tussen beide strafbaarstellingen ontstaat wanneer beide feiten zijn begaan met een terroristisch oogmerk is niet zonder meer zo sterk dat geconcludeerd zou moeten worden dat in ieder geval geen ruimte meer zou moeten bestaan voor straf-

---

strafverhoging (in verband met het feit dat reeds levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd of in verband met het feit dat in verband met de strafverhoging die reeds wegens samenloop met een ander feit heeft plaatsgevonden geen verdere strafverhoging mogelijk is) worden genegeerd. Het gaat hier slechts om een illustratie van de gedachtegang.

<sup>63</sup> Het kan immers niet zo zijn dat de samenloopregeling meer ruimte laat voor strafcumulatie in geval zonder terroristisch oogmerk wordt gehandeld dan wanneer de feiten wel met dat oogmerk worden verricht. Anders zou de situatie zich voor kunnen doen dat de gelijktijdige poging tot moord en poging tot brandstichting met terroristisch oogmerk wordt bedreigd met twintig jaren gevangenisstraf terwijl dezelfde feiten zonder dat oogmerk met een gecumuleerd strafmaximum van zesentwintig en een half jaar gevangenisstraf worden bedreigd.



verhoging in verband met meerdaadse samenloop van moord en het opzettelijk veroorzaken van een ontploffing waarvan gemeen gevaar voor goederen te duchten is of van brandstichting waarvan levensgevaar voor een ander dan het beoogde moordslachtoffer te duchten is.<sup>64</sup>

### 6.5.3.5 Betekenis van de samenloopregeling voor de praktijk

Bij samenloop van gemeengevaarlijke misdrijven als die van de art. 157 onderdeel 3°, 161quater onderdeel 2°, 164 lid 2, 166 onderdeel 3°, 168 onderdeel 2°, 170 onderdeel 3°, 174 onderdeel 2° Sr met enig (gewelds)misdrijf of van moord (art. 289 Sr) of gekwalificeerde doodslag (art. 288 Sr) met enig (gemeengevaarlijk) misdrijf behoeft het verschil in strekking tussen de verschillende strafbepalingen die kunnen worden toegepast geen problemen op te leveren. Die worden immers allemaal ook zonder terroristisch oogmerk reeds met levenslange gevangenisstraf bedreigd. Bij aanwezigheid van het terroristisch oogmerk is het aantal gemeengevaarlijke misdrijven dat met levenslange gevangenisstraf wordt bedreigd nog veel groter (het gaat dan ook om onder meer de art. 161 onderdeel 3°, 161bis onderdeel 3° en 161sexies onderdeel 4° Sr).

De gemeengevaarlijke misdrijven worden bij aanwezigheid van het terroristisch oogmerk niet zonder meer met levenslange gevangenisstraf bedreigd. Bij de niet of minder gekwalificeerde gemeengevaarlijke misdrijven en de minder ernstige geweldsmisdrijven blijft, ook na de verhoging van de sanctienorm door de WTM, ruimte voor (verdere) strafverhoging in verband met meerdaadse samenloop. Terroristische misdrijven (zowel de gemeengevaarlijke misdrijven als de doleuse geweldsmisdrijven) die bestaan in opzettelijke levensberoving kunnen met levenslange gevangenisstraf worden bestraft. Voor een aantal gemeengevaarlijke terroristische misdrijven kan reeds levenslange gevangenisstraf worden opgelegd indien van het feit levensgevaar voor een ander te duchten was.<sup>65</sup> Wanneer sprake is van een gerichtheid op menselijke slachtoffers zal meestal wel levensgevaar voor een ander van het feit te duchten zijn geweest. Ook voor sommige terroristische geweldsmisdrijven geldt dat levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd zonder dat iemand overleden is.<sup>66</sup>

Slechts indien het gepleegde misdrijf niet geresulteerd heeft in het verlies van mensenlevens (en in sommige gevallen: daarop ook niet gericht was) blijft na de verhoging van de sanctienormen met de helft in verband met de aanwezigheid van het terroristisch misdrijf nog ruimte voor strafcumulatie in verband met de meerdaadse samenloop. Die ruimte is overigens, zoals hiervoor al bleek, door de aanpassing van art. 10

<sup>64</sup> In herinnering geroepen zij dat in paragraaf 3.5.3.1 werd geconcludeerd dat de strafbaarstelling van samenspanning tot het misdrijf van art. 157 onderdeel 1° Sr te begaan met een terroristisch misdrijf zelfs in het licht van de toch al te ruime systematiek van de WTM niet had mogen plaatsvinden. Zou de wetgever zich aan zijn eigen systematiek hebben gehouden dan zou de samenloopregeling die hier wordt voorgestaan ertoe geleid hebben dat meerdaadse samenloop niet kan plaatsvinden op het niveau van de samenspanning, doch slechts op het niveau van de voorbereiding en poging (op het niveau van het voltooid delict heeft de samenloop bij de onderhavige misdrijven geen betekenis). Dat zou een wenselijker situatie zijn geweest in verband met de samenloopjurisprudentie van de Hoge Raad.

<sup>65</sup> Het gaat dan om de misdrijven van de art. 157, 161quater, 164, 168, 170 en 174 Sr. Art. 166 Sr kent ook de mogelijkheid van een levenslange gevangenisstraf zonder dat iemand overleden is. Voorwaarde daarvoor is dat *daarvan gevaar voor de veiligheid van de scheepvaart of luchtvaart te duchten is en het feit het zinken, stranden of verongelukken van een vaartuig of een luchtvaartuig ten gevolge heeft*.

<sup>66</sup> Dat geldt met name voor aanslagdelicten zoals art. 115 Sr.

leden 3 en 4 Sr met de inwerkingtreding van de in de paragrafen 2.1.2.2 en 3.2.4.2 besproken Wet herijking strafmaxima wel uitgebreid. Volgens het oude art. 10 leden 3 en 4 Sr kon de duur van de tijdelijke gevangenisstraf, ook in geval van samenloop, de twintig jaren niet overschrijden. Bij een misdrijf dat met achttien jaren gevangenisstraf werd bedreigd (na de inwerkingtreding van de WTM zijn dat dus de terroristische misdrijven die bij afwezigheid van het terroristisch oogmerk met twaalf jaren gevangenisstraf worden bedreigd; bij de gemeengevaarlijke misdrijven gaat het dan om de art. 157 onderdeel 1°, 166 onderdeel 1°, 170 onderdeel 1°, 172 lid 1 onderdeel 1° en 173a Sr) kon in verband met meerdadse samenloop dus slechts twee jaren gevangenisstraf worden opgeteld. Thans is dat ten hoogste zes jaren (een derde van achttien jaren volgens art. 57 lid 2 Sr).

Voor de voltooide terroristische doleuse geweldsmisdrijven en voltooide terroristische gemeengevaarlijke misdrijven heeft de samenloopregeling aldus weinig betekenis.

De samenloopregeling kan evenwel bij onvolkomen delictvormen (naast de poging en voorbereiding kan daaronder ook de samenspanning begrepen worden) wel betekenis hebben voor verschillende terroristische misdrijven die, mits voltooid, met levenslange gevangenisstraf bedreigd worden.

De poging tot een misdrijf waarvoor levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd, wordt bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste twintig jaren (45 lid 3 Sr). Wanneer de poging tot een enkele aanslag gekwalificeerd kan worden als meerdere pogingen tot (terroristisch) misdrijf waarvoor levenslange gevangenisstraf kan worden opgelegd, kan (sinds de inwerkingtreding van de Wet herijking strafmaxima), in verband met het feit dat doorgaans van meerdadse samenloop sprake zal zijn, een gevangenisstraf van zesentwintig jaren en acht maanden worden opgelegd (art. 57 lid 2 Sr). Voor de voorbereiding van een dergelijke aanslag geldt een strafmaximum van twintig jaren (art. 57 lid 2 j° art. 46 lid 3 Sr). De samenspanning tot een dergelijke aanslag zou bedreigd worden met dertien jaren en vier maanden gevangenisstraf.<sup>67</sup>

Ook bij de terroristische geweldsmisdrijven en gemeengevaarlijke terroristische misdrijven die wel met levenslange gevangenisstraf kunnen worden bestraft kunnen derhalve samenloopproblemen optreden.

### 6.5.4 Thematische strafbaarstellingen

Het Wetboek van Strafrecht bevat een tamelijk groot aantal thematische strafbaarstellingen. Bij deze misdrijven ligt de nadruk niet zozeer op de gedraging van de verdach-

<sup>67</sup> Overigens is de strafcumulatie bij samenspanning niet slechts een gevolg van de (te) ruime samenloopregeling. Evenzeer is zij te wijten aan het feit dat het uitgangspunt bij de strafbaarstelling van samenspanning in de WTM te ruim is. In paragraaf 3.3.1.2 werd een drietal criteria voor strafbaarstelling van samenspanning tot terroristisch misdrijf voorgesteld. Slechts de samenspanning tot terroristische misdrijven die (a) door hun aard of context een land of internationale organisatie ernstig kunnen schaden, (b) ook zonder aanwezigheid van het terroristisch oogmerk reeds met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd, terwijl (c) die sanctienorm niet afhankelijk is van delictsbestanddelen die aan ieder schuldbestanddeel onttrokken zijn. Inachtneming van deze criteria zou het probleem van meerdadse samenloop van samenspanning tot terroristische doleuse geweldsmisdrijven en samenspanning tot gemeengevaarlijke terroristische misdrijven uit de wereld helpen omdat de samenspanning tot gemeengevaarlijke terroristische misdrijven niet langer strafbaar zou zijn.

te als wel op de hoedanigheid van de persoon of het belang waartegen het misdrijf is gelegen.

De gedraging is in deze strafbaarstellingen vaak omschreven als *geweld* of *aanslag*. Voorbeelden hiervan zijn vooral te vinden in de eerste Titels van het Wetboek. Gedacht kan worden aan de aanslag op het leven of de vrijheid van een bevriend staatshoofd (art. 115 Sr) of een ander internationaal beschermd persoon (art. 117 Sr). Ook de aanslag ondernomen met het oogmerk om het staatshoofd van het leven of de vrijheid te beroven of tot regeren ongeschikt te maken (art. 92 Sr) en het door middel van (bedreiging met) geweld een vergadering van de regeringsraad uiteenjagen of tot het nemen of niet nemen van enig besluit dwingen, een lid uit die vergadering verwijderen of verhinderen die vergadering bij te wonen of daarin vrij en onbelemmerd zijn plicht te vervullen (art. 95 Sr) zijn thematische strafbaarstellingen als hier bedoeld. In sommige gevallen zijn deze misdrijven vormgegeven als gemeengevaarlijk misdrijf. Voorbeelden daarvan biedt art. 385b Sr. Die bepaling, die in paragraaf 5.2.2.6 aan de orde kwam, stelt straf op daden van geweld tegen de inzittenden van een luchtvaartuig waarvan gevaar voor het luchtvaartuig te duchten is. De straf die kan worden opgelegd, is afhankelijk van de gevolgen die het feit heeft.<sup>68</sup>

Deze strafbaarstellingen vinden hun oorsprong in het feit dat de wetgever, op eigen initiatief of ter vervulling van verdragsverplichtingen, de betrokken persoon of het belang in kwestie een extra strafrechtelijke bescherming wilde geven. Vaak hield dat verband met een achterliggend belang zoals (het functioneren of voortbestaan) van de staat, het voortbestaan van internationale relaties of de ongestoorde burgerluchtvaart. Niet toevallig (zo bleek hiervoor) zijn dit vaak precies de belangen waartegen terroristische aanslagen zich richten. Voor zover de betreffende misdrijven door de inwerkingtreding van de WTM als terroristisch misdrijven kunnen worden begaan, kunnen, zoals in de hoofdstukken 4 en 5 aan de orde kwam, doublures binnen strafbaarstellingen optreden.

De wetgever van 1881 heeft bij de totstandkoming van het Wetboek aandacht besteed aan de vraag hoe samenloopproblemen voor de verschillende thematische strafbaarstellingen moeten worden opgelost. Het betreft daarbij uiteraard alleen de strafbepalingen die hij zelf heeft ingevoerd. Hieronder zal allereerst aan zijn opvattingen daaromtrent aandacht worden besteed. Vervolgens zal de vraag of, in het licht van latere wetswijzigingen en / of de rechtspraak van de Hoge Raad, aanleiding bestaat om heden ten dage anders met dergelijke problemen om te gaan. Tenslotte zal voor een aantal concrete thematische strafbaarstellingen de samenloop als terroristisch misdrijf met andere terroristische misdrijven worden besproken.

---

<sup>68</sup> De reden dat deze strafbaarstelling op deze plaats en niet hiervoor bij de gemeengevaarlijke misdrijven wordt besproken is gelegen in het feit dat het karakter van een thematische strafbaarstelling bij deze bepaling overheerst. Allereerst betreft het de gedraging die strafbaar is gesteld. Een daad van geweld past meer bij de thematische strafbaarstellingen dan bij de gemeengevaarlijke misdrijven. Daarnaast gaat het om het gevaar dat van die gedraging te duchten moet zijn. Dat is eerder beperkt dan *gemeen*. Het gaat immers slechts om de *veiligheid van het luchtvaartuig*. Ten slotte past bespreking op deze plaats vanwege de herkomst van de strafbepaling. Net als veel andere thematische strafbaarstellingen kent art. 385b Sr een internationaalrechtelijke oorsprong.

#### 6.5.4.1 Uitgangspunten van de wetgever van 1881

De thematische strafbaarstellingen die de wetgever van 1881 in het Wetboek van strafrecht heeft opgenomen, zijn te vinden in de eerste Titels van het Wetboek van Strafrecht. Als gezegd, gaat het daarbij veelal om strafbaarstellingen van *geweld* en van *aanslag*.

Het spreekt vanzelf dat deze misdrijven in de regel zullen worden begaan door een gedraging die ook zelfstandig als misdrijf strafbaar is gesteld. Een aanslag op het leven van de koningin (strafbaar gesteld in art. 92 Sr) levert ook (poging tot) moord of doodslag op. Daarenboven is ook niet uitgesloten dat meerdere van deze thematische strafbaarstellingen op een enkele gedraging toepasselijk zijn. Zo kan een staatsgreep (in art. 94 Sr strafbaar gesteld als de aanslag ondernomen om de grondwettige regeringsvorm vernietigen of op onwettige wijze te veranderen) heel wel plaatsvinden door geweld tegen het parlement (art. 121 Sr) te plegen.<sup>69</sup>

Voor de delicten met het bestanddeel *aanslag* (de art. 92-94, 108, 115 Sr) was het uitgangspunt van de wetgever dat altijd sprake was van eendaadse samenloop met zowel concrete geweldsdelicten als met de thematische strafbaarstellingen waarin het bestanddeel *geweld* (art. 95, 121, 122, 123 en 124 Sr) voorkwam.<sup>70</sup> Bij gelijktijdige toepasselijkheid van een concreet geweldsdelict en een thematische strafbaarstelling met geweld als bestanddeel was daarentegen sprake van meerdaadse samenloop. Mede om die reden zag de wetgever bij deze misdrijven geen aanleiding de sanctienorm op levenslange gevangenisstraf te stellen. De meest strafwaardige wijzen waarop die misdrijven zouden kunnen worden begaan (door middel van moord of in het kader van een staatsgreep) worden toch reeds met levenslange gevangenisstraf bedreigd.<sup>71</sup>

#### 6.5.4.2 Samenloopproblemen bij de huidige bepalingen

De thematische strafbaarstellingen van (bedreiging met) geweld tegen (leden van) bepaalde organen kennen thans veel hogere sanctienormen dan ten tijde van de invoering van het Wetboek.

Art. 95 Sr bestond oorspronkelijk uit twee leden. In het eerste lid, dat een sanctienorm van vijftien jaren kende, werd (de bedreiging met) geweld waardoor een vergadering van de Regeringsraad uiteengejaagd werd of tot het nemen tot een besluit werd gedwongen of waardoor een lid uit die vergadering werd verwijderd, strafbaar gesteld. Het tweede lid stelde een straf van ten hoogste zes jaren op de verhindering van een lid in de vergadering aanwezig te zijn of daarin onbelemmerd zijn plicht te vervullen door middel van (bedreiging met) geweld. Deze tweedeling kwam ook in de andere thematische strafbaarstellingen van (bedreiging met) geweld voor. Zo kende art. 121 Sr oorspronkelijk een sanctienorm van twaalf jaren gevangenisstraf. Die straf kon alleen worden opgelegd voor geweld tegen een vergadering van (één van) de kamers der Staten-Generaal als geheel (met inbegrip van de verwijdering van een lid uit die vergadering). Het door (bedreiging met) geweld een enkel parlamentslid verhinderen de vergadering bij te wonen of daarin onbelemmerd zijn plicht te vervullen werd bedreigd met drie jaren gevangenisstraf in art. 122 Sr. De art. 123 en 124 Sr kende de-

<sup>69</sup> Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Tweede Deel, o.c., p. 56

<sup>70</sup> Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Tweede Deel, o.c., p. 16, 56.

<sup>71</sup> Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Tweede Deel, o.c., p. 16.

zelfde tweedeling tussen de gehele vergadering frustreren of een enkel lid daaruit het werk onmogelijk maken voor provinciale staten en de gemeenteraad. Art. 123 Sr kende een sanctienorm van negen jaren. Het delict van art. 124 Sr werd bedreigd met twee jaren gevangenisstraf.

Bij die sanctienormen was het standpunt van de wetgever van 1881 dat bij gelijktijdige vervolging sprake was van meerdaadse samenloop niet meer dan logisch. Deze sanctienormen blijven immers ver achter bij die van de zwaardere geweldsmisdrijven. Bij eendaadse samenloop zou het door zware mishandeling een parlements lid verhinderen in de Tweede Kamer aan de vergadering deel te nemen met dezelfde straf zijn bedreigd als iedere andere zware mishandeling. Dat is vanzelfsprekend niet de bedoeling van de strafbaarstelling geweest.

Met de inwerkingtreding van WOS<sup>72</sup> zijn de straffen voor de betreffende misdrijven sterk verhoogd. Het onderscheid tussen het orgaan als geheel en een lid van het orgaan is verdwenen. De leden van art. 95 Sr zijn tot een enkel lid samengevoegd. Alle gedragingen met uitzondering van die van de art. 123 en 124 Sr worden thans bedreigd met levenslange gevangenisstraf. De gedragingen van de art. 121 en 122 (oud) Sr zijn in art. 121 Sr strafbaar gesteld en worden bedreigd met levenslange gevangenisstraf. In het vacant geworden art. 122 Sr is nu de samenspanning tot het misdrijf van art. 121 Sr met een gevangenisstraf van tien jaren bedreigd. De art. 123 en 124 (oud) Sr zijn eveneens samengevoegd. Art. 123 Sr bedreigt al deze gedragingen met negen jaren gevangenisstraf. Met de inwerkingtreding van de WOS is ook art. 95a Sr ingevoegd. Die bepaling stelt ten aanzien van de raad van ministers dezelfde gedraging strafbaar als art. 95 Sr ten aanzien van de re Regeringsraad. Ook hier bedraagt de sanctienorm levenslange gevangenisstraf. De samenspanning tot het misdrijf van art. 95a Sr werd bij dezelfde gelegenheid strafbaar gesteld in art. 96 Sr. Die bepaling bedreigde de samenspanning tot de misdrijven van de art. 92-95 Sr met vijf jaren gevangenisstraf. De sanctienorm van art. 96 Sr werd met de inwerkingtreding van de WOS verdubbeld tot tien jaren.

Bij de behandeling van het voorstel voor de WOS is helemaal geen aandacht besteed aan de samenloop. Met de gruwelen van de Tweede Wereldoorlog vers in het geheugen wilde de wetgever voorzien in strenge straffen voor misdrijven tegen de staat. In de memorie van antwoord geeft de regering duidelijk aan zich bewust te zijn van het feit dat art. 121 Sr ziet op de bescherming van het functioneren van de kamers der Staten-Generaal en niet op het voortbestaan ervan. Toch dient de straf van art. 121 Sr te worden verhoogd tot het niveau van dat de staatsgreep. Het behoorlijk functioneren van democratische staatsinstellingen acht de regering juist in tijden van onrust van een zodanig eminent belang dat de hoogste straf die ons recht kent zou moeten kunnen worden opgelegd voor het met (bedreiging met) geweld frustreren van dat functioneren.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> Uitgebreider daarover hoofdstuk 4.

<sup>73</sup> TK 1951-1952, 2258, nr. 5, p. 33.

### 6.5.4.3 Het strekkingscriterium

Het strekkingscriterium van de Hoge Raad lijkt<sup>74</sup> voor al deze gevallen in de richting van meerdaadse samenloop te wijzen. Dat geldt dus ook voor de strafbaarstellingen van aanslag waarvan de wetgever van 1881 meende dat daarin alle misdrijven waardoor die aanslag zou kunnen worden begaan reeds begrepen waren. De strekking van art. 94 Sr bijvoorbeeld is bescherming van de veiligheid van de staat door bescherming van het voortbestaan van voor het functioneren van de staat essentiële organen.

De andere strafbepalingen die kunnen worden toegepast, hebben een andere strekking. De strekking van art. 121 Sr is niet zozeer bescherming van de veiligheid van de staat of bescherming van het voortbestaan van bepaalde organen, maar veel meer de bescherming van het ongestoord functioneren van die organen. Niet iedere versterking van een vergadering van (één der kamers van) de Staten-Generaal of inbreuk op de vrijheid om besluiten te nemen is immers rechtstreeks een aanranding van de veiligheid van de staat. Daarvoor is vereist dat de Staten-Generaal als zodanig worden aangetast, dat sprake is van een staatsgreep derhalve. Het toepasselijke geweldsmisdrijf heeft als strekking de bescherming van de lichamelijke integriteit of het menselijk leven. Dan lijkt dus meerdaadse samenloop aangewezen.

Gelet op de motivering van de strafverhoging van 1952 zou kunnen worden volgehouden dat sprake zou moeten zijn van meerdaadse samenloop bij gelijktijdige toepassing van art. 121 Sr en art. 94 Sr. Deze toelichting wijst er immers op dat deze bepalingen, ook in de ogen van de wetgever van 1952, onmiskenbaar een verschillende strekking hebben. Evengoed zou evenwel verdedigd kunnen worden dat de conclusie dat het strekkingscriterium op meerdaadse samenloop duidt de onvolkomenheid van dat criterium aantoonde. De uitkomsten die door toepassing van het strekkingscriterium worden bereikt, bevredigen niet steeds.

Ook hier geldt dat de voltooid aanslag- en geweldsdelicten (bijna) steeds met levenslange gevangenisstraf zijn bedreigd. Net als bij de gemeengevaarlijke misdrijven laat die omstandigheid de mogelijkheid om tot strafcumulatie te komen in geval van onvolkomen delictvormen onverlet.

<sup>74</sup> Helemaal zeker is dat overigens niet. In de reeds meerdere malen aangehaalde zaak van Mohammed Bouyeri overwoog de rechtbank over het gelijktijdig gepleegde art. 121 en art. 285 lid 3 (bedreiging met een terroristisch misdrijf) Sr: *Gelet op de omstandigheid dat de beide feiten niet los van elkaar gedacht kunnen worden, terwijl door de gelijktijdigheid waaronder zij zijn begaan het ene feit als het ware opgaat in het andere feit en bovendien het kenmerkende van beide feiten de bedreigende inhoud van de brief is, verhouden de feiten 5. en 6. zich als eendaadse samenloop.* In het licht van de geldende jurisprudentie rond de samenloop moet worden betwijfeld of de opvatting van de rechtbank in cassatie stand zou hebben gehouden. De gelijkenis met de criteria die de Hoge Raad hanteerde in het arrest Oude Kijk in 't Jatstraat is evenwel treffend. Tevens stelde de rechtbank: *Verdachte heeft voorts Tweede-Kamerlid [lid van de Staten-Generaal] opzettelijk verhinderd haar werk als lid van de Staten-Generaal uit te oefenen, door haar te bedreigen met een terroristisch misdrijf. (...) Dit misdrijf wordt door de wetgever als zeer ernstig beschouwd, omdat het functioneren van de volksvertegenwoordiging in het geding is. De strafbaarstelling van dit feit heeft mede ten doel het voorkomen van een omverwerping van het parlement.* De rechtbank lijkt de strekking van art. 121 Sr hier mede te zoeken in de bescherming van de samenleving tegen een staatsgreep. In paragraaf 4.4.1.3 werd duidelijk dat de staatsgreep strafbaar is gesteld in art. 94 Sr. De geciteerde overweging zou dan kunnen impliceren dat de rechtbank meent dat eendaadse samenloop optreedt bij een staatsgreep. Ook hier is onzeker wat de Hoge Raad daarvan zou vinden. In ieder geval kan worden opgemerkt dat de wetgever van 1881, zoals hiervoor bleek, meende dat in een dergelijk geval inderdaad eendaadse samenloop moest volgen maar dat dit verband hield met het bestanddeel *aanslag* in art. 94 Sr. De strekking van beide strafbepalingen was volgens die wetgever juist verschillend, zo bleek in paragraaf 4.4.4.1.

#### 6.5.4.4 Een alternatieve samenloopregeling

De strafverhogingen die met de inwerkingtreding van de WOS hebben plaatsgevonden voor de verschillende thematische strafbaarstellingen van (bedreiging met) geweld zijn buitengemeen fors geweest. De wetgever heeft daarbij geen enkele blijk gegeven van het geringste besef dat zich bij toepassing van deze bepalingen samenloopproblemen kunnen (of wellicht beter: zullen) voordoen. Onder die omstandigheden is niet evident dat bij gelijktijdige toepasselijkheid van de betreffende thematische strafbaarstelling ter bescherming van de (fundamentele belangen van de) staat en de zelfstandige strafbaarstelling van de gewelddadige handeling of een ander misdrijf ter bescherming van de staat sprake zou moeten zijn van meerdaadse samenloop.

De uitgangspunten van de wetgever van 1881 kunnen in ieder geval niet langer worden gehandhaafd. Die uitgangspunten waren immers voor een belangrijk deel gebaseerd op het feit dat de aanslagdelicten in de regel<sup>75</sup> met een (veel) hogere straf werden bedreigd dan de delicten ter bescherming van de staat waarin het bestanddeel *geweld of bedreiging met geweld*. De uitgangspunten van de wetgever van 1881 zouden ertoe leiden dat naast voorbereiding van een strafbaarstelling van (bedreiging met) geweld tegen een onderdeel van de staat de voorbereiding van een geweldsmisdrijf zou kunnen worden bestraft. Die mogelijkheid zou niet bestaan voor een aanslagdelict. Dit zou dus betekenen dat de voorbereiding van (de bedreiging met) geweld tegen het staatsorgaan zwaarder zou kunnen worden bestraft dan de voorbereiding van het aanslagdelict. Dat is met de uitgangspunten van het Wetboek van Strafrecht waarin juist de aanslagdelicten met een zwaardere straf werden bedreigd niet te verenigen.

Het systeem van de wetgever van 1881 was daarin heel genuanceerd. Zo werden, niettegenstaande de samenloop, ook de onvolkomen delictvormen van de aanslagdelicten altijd met meer straf bedreigd dan die van de strafbaarstellingen van (bedreiging met) geweld tegen een belangrijk staatsorgaan. Bij art. 94 Sr bijvoorbeeld werd, zoals blijkt uit art. 79 Sr, de poging met dezelfde straf bedreigd als het voltooid delict. De strafbare voorbereiding bestond nog niet en de strafbaarheid van samenspanning was beperkt tot de aanslagdelicten. Ook door samenloop van onvolkomen delictvormen van de strafbaarstellingen van (bedreiging met) geweld tegen de betreffende organen kon de sanctienorm van de onvolkomen delictvormen van aanslag niet worden overschreden.<sup>76</sup> Voor de gevallen waarin de aanslagdelicten niet als voltooid kunnen wor-

<sup>75</sup> Op die regel bestond één uitzondering. De aanslag van art. 94 Sr was de aanslag die, ongeacht de gevolgen daarvan, met de minste straf werd bedreigd, te weten vijftien jaren gevangenisstraf. Diezelfde sanctienorm gold voor de strafbaarstelling van (bedreiging met) geweld tegen de regeringsraad in art. 95 Sr, de strafbaarstelling van (bedreiging met) geweld die met de zwaarste straf bedreigd werd. De bovengrens van (bedreiging met) geweld was dus gelijk aan de ondergrens van de aanslag.

<sup>76</sup> Daarop bestond één uitzondering. Art. 94 Sr kende in het Wetboek van 1881 een sanctienorm van vijftien jaren gevangenisstraf. Ook de poging tot moord werd met vijftien jaren gevangenisstraf bedreigd. Indien een poging tot staatsgreep (een voltooid delict in de zin van art. 94 Sr) werd ondernomen door middel van een poging tot moord die ook kon worden gekwalificeerd als poging tot het misdrijf van art. 121 Sr kon door de meerdaadse samenloop van de twee laatste feiten een hogere straf worden opgelegd dan voor art. 94 Sr. Ook indien door een moord een staatsgreep werd gepleegd (of gepoogd te plegen) zou het tot toepassing van art. 289 Sr komen en zou voor art. 94 Sr geen straf meer kunnen worden opgelegd. Ten aanzien van art. 94 Sr is de strafverhoging van de WOS dus eigenlijk in overeenstemming met de uitgangspunten van de wetgever van 1881.

den bestraft, voorzag de wet eenvoudigweg niet in strafbaarheid van welk ander misdrijf dan ook.<sup>77</sup>

Van dat doordachte systeem is door de inwerkingtreding van de WOS (en in mindere mate door de algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen en later door de hieronder te bespreken consequenties van de WTM) niets meer over. Dat kan niet zonder gevolgen blijven voor de samenloopregeling met betrekking tot deze strafbepalingen.

In algemene zin lijkt in ieder geval de meerdaadse samenloop van de aanslagdelicten en de strafbaarstellingen van (bedreiging met) geweld tegen bepaalde organen uitgesloten geacht moeten worden. Dat een enkele gedraging kan worden bestraft als aanslag ondernomen met het oogmerk om de grondwettige regeringsvorm te vernietigen en als door middel van geweld een vergadering van de beide kamers der Staten-Generaal uiteenjagen, is niet aanvaardbaar. Dat uitgangspunt van de wetgever van 1881 kan en moet worden gehandhaafd. Ongeacht de opvattingen van de Hoge Raad over de strekking van de art. 94 en 121 Sr moet worden vastgesteld dat de eenheid van handelen, tijd en schuld te groot is om in een dergelijk geval meerdaadse samenloop aan te nemen. De bepalingen zijn daartoe ook eenvoudigweg te gelijksoortig.

Ten aanzien van de concrete geweldsdelicten waarin de delicten van de eerste Titels van het Wetboek van Strafrecht bestaan is de vraag naar de een- of meerdaadse samenloop met die delicten minder eenvoudig te beantwoorden. In de strafverhoging van de WOS, waarmee de sanctienormen voor de strafbaarstellingen van (bedreiging met) geweld in de eerste Titels van het Wetboek op gelijke hoogte zijn gebracht met die van de strafbaarstellingen van aanslag, zou aanleiding gezien kunnen worden om, min of meer in overeenstemming met de opvatting van de wetgever van 1881, ook voor de betreffende strafbaarstellingen van (bedreiging met) geweld eendaadse samenloop met de concrete strafbaarstelling van het geweld aan te nemen. Om verschillende redenen verdient deze oplossing niet mijn voorkeur.

Allereerst betreft dat de consistentie met de samenloop van geweldsmisdrijven met gemeengevaarlijke misdrijven die hiervoor aan de orde kwam. Hiervoor werd aangegeven dat de meerdaadse samenloop van moord en opzettelijke brandstichting in een minder groot aantal gevallen aangewezen is dan in de rechtspraak van de Hoge Raad lijkt te worden aangenomen. Desalniettemin werden omstandigheden aangewezen waaronder voor meerdaadse samenloop van die misdrijven wel ruimte zou moeten bestaan. Indien nu meerdaadse samenloop zou worden uitgesloten voor de misdrijven uit de eerste Titels van het Wetboek en daden van geweld zou een scheve verhouding ontstaan. Poging tot moord door poging tot brandstichting waarvan gemeen gevaar van goederen te duchten is, zou dan meerdaadse samenloop opleveren. Omdat zowel moord als opzettelijke brandstichting is aan te merken als geweld in de zin van art. 121 Sr zou poging tot dat misdrijf door poging tot moord of brandstichting eendaadse samenloop opleveren. Die consequentie kan niet worden aanvaard.

<sup>77</sup> Voor de aanslag van de art. 108 en 115 Sr gold de strafbaarheid van samenspanning niet. De aanslag werd daar ook niet met minder straf bedreigd dan welk ander misdrijf waaruit die aanslag (mede) zou kunnen bestaan dan ook. Zodra die aanslag een (poging tot) moord of voltooide doodslag behelsde, kon en kan immers levenslange gevangenisstraf worden opgelegd.



Daarnaast moet worden opgemerkt dat de strafbepalingen wel erg ongelijksoortig zijn. In de delictsombschrijving van, bijvoorbeeld, art. 121 Sr is weliswaar het bestanddeel geweld of bedreiging met geweld opgenomen, dat is uiteraard niet de kern van de strafbare gedraging. Dat blijkt alleen al uit het feit dat een simpele bedreiging met om het even welke vorm van geweld op één lijn wordt gesteld met moord en doodslag. De aard van (de bedreiging met) het geweld en de eventuele gevolgen daarvan zijn (anders dan bij de gemeengevaarlijke misdrijven) voor de toepasselijkheid van de strafbepaling en de toepasselijke sanctienorm van geen enkel belang. Dat de straf die dan feitelijk kan worden opgelegd onder die omstandigheden, wanneer nog ruimte bestaat voor strafcumulatie(indien sprake is van een onvolkomen delictvorm), afhankelijk is van de aard en gevolgen van (de bedreiging met het) geweld is niet onredelijk.

Iets soortgelijks geldt voor de aanslagdelicten. In de art. 93 en 94 Sr is de aard van de aanslag niet gespecificeerd. Die specificatie bestaat wel voor de aanslag van de art. 92, 108, 115 en 117 Sr. Dan gaat het immers steeds om de aanslag op het leven of de vrijheid. Ook in die bepalingen gaat het dan om daden die tevens in andere strafbepalingen strafbaar gesteld zijn. De aard van beide aanslagen is zeer verschillend. Daarnaast bestaat bij het bestanddeel aanslag geen onderscheid in de strafbaarheid van poging en voltooid delict. Voor art. 92 Sr geldt daarenboven dat de aanslag op het leven of de vrijheid op één lijn wordt gesteld met de aanslag die wordt ondernomen met het oogmerk om de koning tot regeren ongeschikt te maken. Ook voor de aanslag geldt dus dat het meerdere gedragingen met een sterk wisselende strafwaardigheid betreft. Ook voor de aanslagdelicten lijkt meerdaadse samenloop daarom niet misplaatst. Voor alle misdrijven in de eerste Titels van het Wetboek waarin een vorm van (bedreiging met) geweld of aanlag strafbaar is gesteld is de ratio van de strafbaarstelling dus niet gelegen in de aard van de handeling maar in het belang dat de betreffende persoon of het betreffende orgaan heeft voor het functioneren of voortbestaan van de staat. Dan ligt meerdaadse samenloop voor de hand.

In verband met het voorgaande moet worden gewezen op het bestaan van thematische strafbepalingen die zijn vormgegeven als gemeengevaarlijke misdrijven. Deze misdrijven vertonen een zodanige verwantschap met de gemeengevaarlijke misdrijven van de art. 157 Sr dat een andersoortige benadering ervan bij de samenloopregeling niet kan worden gerechtvaardigd.<sup>78</sup>

Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op de strafbepaling van art. 385b Sr. Deze bepaling stelt straf op een daad van geweld tegen de inzittende van een luchtvaartuig waarvan gevaar voor de veiligheid van het luchtvaartuig te duchten is. Net als bij bijvoorbeeld art. 121 Sr is de aard van het geweld verder niet gespecificeerd. De bepaling onderscheidt wel naar de gevolgen ervan. Indien van het feit 'slechts' gevaar voor de veiligheid van het luchtvaartuig te duchten is, kan een gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren worden opgelegd (onderdeel 1°). Indien het feit (en dat is dan te verstaan als de daad van geweld en niet het daarvan te duchten gevaar)<sup>79</sup> zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft, kan een gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren worden opgelegd (onderdeel 2°). Indien het feit de dood ten gevolge heeft, kan een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren worden opgelegd (onderdeel 3°). Voor

<sup>78</sup> Anderzijds zou er ook geen bezwaar tegen bestaan deze strafbepalingen te behandelen als gemeengevaarlijke misdrijven of als categorie sui generis.

<sup>79</sup> Dat kan worden afgeleid uit het feit dat alle onderdelen van de bepaling de eis van het te duchten zijn van gevaar stellen naast (en dus cumulatief) de gevolgen van het feit.

deze bepaling zou hetzelfde moeten gelden als voor art. 157 Sr. Meerdaadse samenloop is toelaatbaar voor zover het gevolg van het feit niet tevens het logische gevolg is van het geweld dat tevens wordt bestraft. Voor art. 385b Sr en zware mishandeling met voorbedachten rade betekent dat dus dat geen meerdaadse samenloop mag worden aangenomen van art. 303 Sr en art. 385b onderdeel 2° Sr wanneer het zwaar lichamelijk letsel van beide bepalingen betrekking heeft op de persoon tegen wie het geweld (de zware mishandeling dus) was gericht. In een dergelijk geval mag dus slechts strafcumulatie volgen voor de art. 303 lid 1 en 385b onderdeel 1° Sr. Als tevens een ander zwaar lichamelijk letsel bekomt, kunnen de straffen van art. 303 lid 1 en art. 385b onderdeel 2° Sr wel cumuleren (uiteraard binnen de grenzen van art. 57 lid 2 Sr).<sup>80</sup>

Het voorgaande geldt voor de samenloop van de gewone, niet-terroristische thematische strafbaarstelling en het gewone, niet-terroristische geweldsmisdrijf. Sinds de inwerkingtreding van de WTM kunnen (de meeste van) deze misdrijven als terroristisch misdrijf worden begaan. De gevolgen die de strafbaarstelling als terroristisch misdrijf voor de samenloop van deze misdrijven heeft, komen hieronder aan de orde.

#### 6.5.4.5 Doublures door de WTM

Hieronder zal voor een aantal thematische strafbaarstellingen meer in detail worden aangegeven welke samenloopproblemen zich kunnen voordoen en wat de gevolgen van de WTM zijn geweest in verband met de samenloop van strafbare feiten.

#### Art. 94 Sr

Hiervoor, in paragraaf 4.5.2.1, werd aangegeven dat het misdrijf van art. 94 Sr per definitie begaan wordt met een terroristisch oogmerk. Het *oogmerk om de grondwettige regeringsvorm of de orde van troonopvolging te vernietigen of op onwettige wijze te veranderen* is immers vanzelfsprekend tevens het *oogmerk om de fundamentele politieke of constitutionele structuren van een land ernstig te ontwrichten of te vernietigen*. Sinds de inwerkingtreding van de WTM is dit misdrijf altijd een terroristisch misdrijf. Voor de sanctienorm heeft dat, als gezegd, geen betekenis. Het feit werd immers reeds met levenslange gevangenisstraf bedreigd.

De samenspanning tot zware mishandeling met voorbedachten rade met een terroristisch oogmerk en de samenspanning tot het misdrijf van art. 94 Sr worden beide bedreigd met een gevangenisstraf van tien jaren. Krachtens art. 57 lid 2 Sr kan in een dergelijk geval een gevangenisstraf van ten hoogste dertien jaren en vier maanden worden opgelegd. Het beschermd rechtsbelang van art. 94 Sr is immers de het Neder-

<sup>80</sup> De keuze voor de zware mishandeling met voorbedachten rade is bewust omdat de keuze voor gewone zware mishandeling het voorbeeldodeloos gecompliceerd zou hebben gemaakt. Bij bestraffing wegens het misdrijf van art. 302 Sr en art. 385b onderdeel 1° Sr ontstaat immers een opmerkelijke situatie. De zware mishandeling kent een sanctienorm van acht jaren gevangenisstraf. Het feit van art. 385b onderdeel 1° Sr wordt bedreigd met negen jaren gevangenisstraf. Bij meerdaadse samenloop kan strafcumulatie plaatsvinden tot een derde boven het hoogste strafmaximum. Het hoogste strafmaximum is negen jaren gevangenisstraf. Door strafverhoging met een derde kan een gevangenisstraf van twaalf jaren worden opgelegd. Dat strafmaximum is gelijk aan het strafmaximum 385b onderdeel 2° Sr. In dergelijke gevallen kan de officier van justitie dus ook volstaan met een vervolging voor dat feit. Dan geldt immers hetzelfde strafmaximum en behoeven minder bestanddelen bewezen te worden. Deze complicerende factor doet aan de principiële juistheid van de hier verdedigde oplossing niets af.

landse constitutionele bestel terwijl het beschermd rechtsbelang van art. 303 lid 1 Sr de integriteit van het menselijk lichaam betreft. Met de inwerkingtreding van de WTM is de band tussen de toepasselijke strafbaarstelling van zware mishandeling met voorbedachten rade en het misdrijf van art. 94 Sr in sommige gevallen een stuk sterker.

Zo kan bezwaarlijk ontkend worden dat zeker raakvlakken bestaan tussen art. 303 Sr met het oogmerk om fundamentele politieke of constitutionele structuren te vernietigen of ernstig te ontwrichten en het misdrijf van art. 94 Sr. Het opzettelijk toebrengen van zwaar lichamelijk letsel zal steeds als een aanslag in de zin van art. 94 Sr kunnen worden aangemerkt. Het oogmerk om de grondwettige regeringsvorm te vernietigen of op onwettige wijze te veranderen zal altijd het *oogmerk om de fundamentele politieke of constitutionele structuren van een land ernstig te ontwrichten of te vernietigen* opleveren. Hiervoor werd vastgesteld dat voor strafverhoging in verband met de aanwezigheid van de derde variant van het terroristisch oogmerk bij art. 94 Sr, in verband met de totstandkomingsgeschiedenis en het beschermd rechtsbelang van die bepaling, eigenlijk geen ruimte meer bestaat. Dat art. 94 Sr als terroristisch misdrijf kan worden bestraft wanneer het is begaan met een terroristisch oogmerk levert evenwel geen problemen op nu dit voor de sanctienorm, zoals tevens bleek, geen gevolgen heeft. Dat de derde variant van het terroristisch oogmerk bij veroordeling wegens een onvolkomen delictvorm van art. 94 Sr alsnog tot oplegging van een hogere straf leidt, kan mijns inziens niet worden aanvaard.

Daaraan doet niet af dat dit oogmerk aan het andere geweldsmisdrijf en niet aan art. 94 Sr is gekoppeld. De aanwezigheid van dat oogmerk kan op grond van art. 94 Sr afdoende worden bestraft. Feitelijk is immers sprake van een enkele gedraging met een enkel oogmerk. De nadruk ligt bij art. 94 Sr op het oogmerk dat wordt nagestreefd. Op welke wijze dat precies gebeurt, is voor de toepasselijkheid van die bepaling niet zo relevant, mits tenminste sprake is van een poging om een geweldsmisdrijf of ontvoering te plegen.<sup>81</sup>

Voor de strafwaardigheid van het misdrijf van art. 94 Sr in concreto kan het antwoord op de vraag door middel van welk geweldsmisdrijf de dader zijn oogmerk tracht te verwezenlijken vanzelfsprekend zeer relevant zijn. Of sprake is van een moord of een poging tot mishandeling<sup>82</sup> maakt in de regel uiteraard nogal wat verschil voor de strafwaardigheid van de gedraging.

De wetgever heeft de rechter voor de bestraffing van het feit in concreto dan ook de grootst mogelijke armslag gegeven door de sanctienorm van levenslange gevangenisstraf in de strafbepaling op te nemen. Die armslag dankt de rechter evenwel aan het oogmerk waarmee de aanslag wordt ondernomen. De hoogte van de sanctienorm van een bepaald delict hangt uiteraard af van de meest strafwaardige uitvoering van het betreffende misdrijf die de wetgever voor ogen heeft gestaan. Door het algemene minimum van één dag gevangenisstraf en de algemene mogelijkheid van schuldigverklaring zonder oplegging van straf zou de wetgever in theorie kunnen volstaan met een aantal of wellicht slechts een enkele delictsomschrijving(en) en een algemeen strafmaximum van levenslange gevangenisstraf.

<sup>81</sup> Zie over de precieze inhoud van het begrip aanslag in art. 94 Sr paragraaf 4.4.1.4.

<sup>82</sup> Dat poging tot mishandeling niet strafbaar is (art. 300 lid 5 Sr), brengt niet mee dat zij niet als aanslag in de zin van art. 94 Sr kan worden aangemerkt.

Op verschillende punten zou hij daarmee zijn plicht als strafwetgever veronachtzamen. Allereerst lijkt het niet goed mogelijk om alle vormen van strafwaardig gedrag voldoende specifiek (*lex certa*-beginsel) te omschrijven wanneer slechts een beperkt aantal delictsomschrijvingen in het Wetboek van Strafrecht zou worden opgenomen. Daarnaast heeft de wetgever ook een eigen verantwoordelijkheid met betrekking tot de vaststelling van de straf die voor een bepaald misdrijf ten hoogste kan worden opgelegd. In paragraaf 1.4.3.1 werd aandacht besteed aan de verhouding tussen wetgever en rechter in de tweetrapsraket strafbaarstelling en bestraffing. Dat had op die plaats vooral betrekking op de wijze van totstandkoming, de vorm en de interpretatie van delictsomschrijvingen. De democratische legitimatie van de wetgever en de kenbaarheid vooraf van zijn duidelijke regels in feitelijke termen die totstandgekomen zijn na een open debat waarin ook morele gronden een rol hebben gespeeld alsmede de algemene gelding van die regels verschaffen de wetgever een positie die de rechter niet kan overnemen als de wetgever tekortschiet. Zij beperken ook de absolute vrijheid van de rechter zoals past in een systeem van machtscheiding en *checks and balances*.<sup>83</sup> Die verantwoordelijkheid heeft de wetgever ook ten aanzien van de straffen die de rechter mag opleggen. Die verantwoordelijkheid staat eraan in de weg dat de wetgever verschillende ongelijksoortige gedragingen die sterk in strafwaardigheid variëren in een enkele delictsomschrijving neerlegt en met een enkel strafmaximum bedreigt. Kennelijk heeft de wetgever de verschillende gedragingen waarmee invulling kan worden gegeven aan het bestanddeel *aanslag* in art. 94 Sr in de context van die bepaling voldoende vergelijkbaar in strafwaardigheid geacht om met een enkele delictsomschrijving en een enkele sanctienorm te kunnen volstaan. Gegeven de grote diversiteit aan straffen die voor de afzonderlijke gedragingen waarmee het bestanddeel *aanslag* kan worden ingevuld ten hoogste kunnen worden opgelegd<sup>84</sup>, is de conclusie dat de sanctienorm van levenslange gevangenisstraf gerechtvaardigd moet worden door een ander onderdeel van de delictsomschrijving van art. 94 Sr onontkoombaar. Dat andere gedeelte kan slechts het oogmerk zijn waarmee de aanslag wordt ondernomen.

Aan de mogelijkheid van een hoger strafmaximum in verband met het concrete geweldsmisdrijf bestaat bij een voltooid art. 94 Sr geen behoefte meer. Dat kan anders zijn bij een onvoltooid delict.<sup>85</sup> Samenspanning tot en voorbereiding van het misdrijf van art. 94 Sr kunnen volgens art. 96 leden 1 en 2 Sr ‘slechts’ met tien jaren gevangenisstraf worden bestraft. Ten tijde van de inwerkingtreding van art. 94 Sr was, als gezegd, samenloop van samenspanning tot (of voorbereiding van) het misdrijf van art. 94 Sr met een strafbaar onvoltooid geweldsmisdrijf niet denkbaar. Dat is vandaag de dag anders. Dat de rechter niet slechts in concreto, maar tevens in abstracto een straf moet kunnen opleggen die in hoogte varieert met de ernst van de betreffende geweldshandeling lijkt niet zonder meer onredelijk. De conclusie dat de sanctienorm van art. 94 Sr eigenlijk losstaat van de concrete geweldsdaad die werd gepleegd, waartoe werd samengespannen of die werd voorbereid, voorziet die behoefte wellicht, in weerwil van de mening van de wetgever van 1881, van een zekere rechtvaardiging.

<sup>83</sup> Mevis: introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht, o.c., p. 5.

<sup>84</sup> Variërend van geen (voor poging mishandeling) tot levenslange gevangenisstraf (voor moord).

<sup>85</sup> Uitgezonderd de poging.

De samenloopregeling biedt hem die mogelijkheid. Daarbij mag evenwel niet uit het oog worden verloren dat die behoefte dan ook wel beperkt moet blijven tot de geweldpleging. Art. 94 Sr ontleent zijn strafwaardigheid immers aan de duidelijk omschreven oogmerken waarmee het geweld moet worden verricht. Voor strafcumulatie op grond van de aanwezigheid van de derde variant van het terroristisch oogmerk (die per definitie aanwezig is bij art. 94 Sr) bestaat dan geen ruimte meer.

Het voorgaande brengt mee dat cumulatie van straffen bij veroordeling wegens een onvolkomen delictvorm van art. 94 Sr en van enig geweldsmisdrijf waarbij de aanslag zou hebben moeten bestaan in dat geweldsmisdrijf mijns inziens alleen aanvaardbaar is indien het geweldsmisdrijf geen terroristisch misdrijf is waarvan het terroristisch oogmerk is ingevuld aan de hand van de derde variant van art. 83a Sr.

Dit uitgangspunt heeft tot gevolg dat bij samenspanning slechts sprake kan zijn van strafcumulatie in verband met meerdaadse samenloop van het misdrijf van art. 94 Sr en zware mishandeling met voorbedachten rade indien tevens de verwezenlijking van één van de andere varianten van het terroristisch oogmerk werd beoogd. Bij afwezigheid van die beide varianten zal de samenspanning tot zware mishandeling immers niet als terroristisch misdrijf naast art. 94 Sr kunnen worden bestraft omdat slechts de samenspanning tot de zware mishandeling *mét* terroristisch oogmerk strafbaar is. De mogelijkheid van meerdaadse samenloop van voorbereidingshandelingen zal in dergelijke gevallen beperkt blijven tot geweldsmisdrijven die bedreigd worden met een gevangenisstraf van ten minste acht jaren.

Op deze wijze wordt zowel voorkomen dat voor hetzelfde oogmerk twee keer straf wordt opgelegd als dat helemaal geen ruimte bestaat om een hogere straf op te leggen bij (samenspanning tot<sup>86</sup> of) voorbereiding van de ernstigste geweldsmisdrijven.

### **Art. 95a Sr**

Waar volgens de wetgever van 1881 het concrete geweldsmisdrijf geacht moest worden in het bestanddeel aanslag besloten te liggen, werd bij (bedreiging met) geweld, als gezegd, juist meerdaadse samenloop voorgestaan. Ook hier geldt dat samenloopproblemen slechts in geval van een onvolkomen delictvorm betekenis zullen krijgen. Anders dan bij aanslagdelicten als dat van art. 94 Sr is bij delicten die geredigeerd zijn als art. 95a Sr tevens samenloop van poging mogelijk. Voor de misdrijven van de art. 123 en 124 Sr, die hieronder apart zullen worden besproken, kan zelfs strafcumulatie in verband met het voltooid terroristisch misdrijf plaatsvinden.

Bij de ruimte die voor strafcumulatie in verband met meerdaadse samenloop van het misdrijf en het commune geweldsmisdrijf aanwezig moet worden geacht, zou hetzelfde uitgangspunt moeten gelden als hiervoor bepleit ten aanzien van art. 94 Sr. In beginsel moet zowel voor het delict van art. 95a Sr als voor dat van de concrete strafbaar-

<sup>86</sup> Het aantal gevallen waarin de samenspanning tot het geweldsmisdrijf nog kan worden bestraft, zal mogelijk gering zijn nu daarvoor vereist is dat het geweldsmisdrijf tevens met één van de andere varianten van het terroristisch zou worden begaan. Overigens is geenszins uitgesloten dat een misdrijf tegelijkertijd met verschillende varianten van het terroristisch oogmerk wordt begaan. Zo werd de moord op Theo van Gogh bewezen verklaard als begaan met *het oogmerk om de bevolking of een deel van de bevolking van Nederland ernstige vrees aan te jagen en de fundamentele politieke en/of constitutionele structuur van Nederland ernstig te ontwrichten* (Rb Amsterdam, 26 juli 2005, LJN: AU0025).

stelling van (de bedreiging met) geweld straf kunnen worden opgelegd. Dat zou evenwel niet zo ver mogen gaan dat het feit dat het geweld met dezelfde variant van het terroristisch oogmerk werd begaan de verdachte meer dan eens kan worden tegen-gevoerd. Voor zover art. 95a Sr het feit dat het geweld werd gepleegd (of dat daarmee werd bedreigd) ter verwezenlijking van een variant van het terroristisch oogmerk mag het geweldsmisdrijf niet tevens geacht worden met die variant van dat oogmerk te zijn begaan.

Complicerende factor daarbij is dat de misdrijven van art. 95a Sr, anders dan die van art. 94 Sr, niet per definitie worden begaan met een terroristisch oogmerk. Daardoor lijkt een grotere afstand te bestaan tussen de strekking van art. 95a Sr en het geweldsmisdrijf met een terroristisch oogmerk. Die afstand moet evenwel niet overschat worden. In paragraaf 4.3.2 werd immers duidelijk dat de wetgever(s) van weleer ook met art. 95a Sr en gelijkvormig geredigeerde strafbepalingen juist terroristisch geweld met een bijzonder hoge straf wilde(n) bedreigen. De verwantschap met het terroristisch oogmerk van art. 83a Sr blijkt onder meer uit het feit dat in art. 95a Sr juist de verwezenlijking van één (of twee)<sup>87</sup> van de varianten van het terroristisch oogmerk strafbaar is (zijn) gesteld. Hiervoor werd ruimschoots aandacht besteed aan de beantwoording van de vraag in hoeverre het door (bedreiging met) geweld het dwingen van onder meer de raad van ministers tot het (niet) nemen van een besluit geacht kan worden begaan te zijn met het oogmerk een overheid tot enig doen of laten te dwingen. Alhoewel de tekst van de wet en de systematiek van de WTM zich daartegen leken te verzetten, werd in paragraaf 4.5.2.2 gekozen voor een interpretatie die er in de in de praktijk<sup>88</sup> op neerkomt dat het door middel van (bedreiging met) geweld een vergadering van de raad van ministers uiteenjagen of tot het (niet) nemen van een besluit dwingen altijd een terroristisch misdrijf zal zijn.

De hier bepleite samenloopregeling brengt dan dus dat meerdaadse samenloop met zware mishandeling met voorbedachten rade te begaan met een terroristisch oogmerk niet mogelijk zou moeten zijn wanneer de tweede variant van het terroristisch oogmerk ten laste wordt gelegd en dit oogmerk betrekking heeft op het besluit waarvan het (niet) nemen afgedwongen is.

In de verhouding met de WTM staat dan voorop dat het oogmerk om een overheid tot enig doen, laten of dulden te dwingen uitputtend strafbaar is gesteld in art. 95a Sr. Voor meerdaadse samenloop met onvolkomen delictvormen van het geweldsmisdrijf te begaan met de tweede variant van het terroristisch oogmerk zou dan ook geen ruimte meer aanwezig geacht moeten worden indien en voor zover het oogmerk van art. 83a Sr ziet op het dwingen van art. 95a Sr. Indien het doen, laten of dulden waar het oogmerk de overheid te dwingen op ziet niet het besluit is tot het (niet) nemen waarvan de ministerraad is gedwongen dan lijkt tegen meerdaadse samenloop evenwel geen bezwaar te bestaan.<sup>89</sup> Omwille van de interne consistentie van de in art. 95a Sr

<sup>87</sup> Afhankelijk van de mate waarin het misdrijf van art. 95a Sr mede geacht moet worden de fundamentele politieke en constitutionele structuren van Nederland tegen vernietiging of ernstige ontwrichting te beschermen.

<sup>88</sup> Slechts indien het dwingen van de ministerraad een op zich zelf niet gewenst doch wel voorzien gevolg van (de bedreiging met) het geweld is geweest, is dit anders.

<sup>89</sup> Afgezien van de bezwaren die volgen uit de kritiek die in meer algemene zin op de samenloop-leer van de Hoge Raad kan worden gegeven.

strafbaar gestelde gedragingen zou hetzelfde moeten gelden voor de andere gedragingen die in die bepaling zijn omschreven.<sup>90</sup> Alhoewel bij deze gedragingen de tweede variant van het terroristisch oogmerk veel minder gecompliceerd is dan bij het *een vergadering van de raad van ministers dwingen tot het nemen of niet nemen van een besluit* lijkt de keuze voor de interne consistentie wel verdedigbaar. De wettekst wijst bij de betreffende gedragingen weliswaar niet direct op het bestaan van een doublure (men kan bijvoorbeeld zeer wel met een ander oogmerk een lid van die vergadering opzettelijk verhinderen die vergadering bij te wonen) die tot een beperking van de mogelijkheden om een verdachte het terroristisch oogmerk meermaals tegen te werpen nopen, dat behoeft niet doorslaggevend te zijn. Het feit dat de wetgever van 1952 met alle onderdelen van art. 95a Sr juist gewelddadige beïnvloeding van de vrijheid van de ministerraad met een extra hoge straf heeft willen bedreigen, maakt immers dat het terroristisch oogmerk de verdachte wel degelijk tweemaal wordt tegengeworpen in dergelijke situaties. Dat de samenloopregeling dan een dam zou moeten opwerpen tegen vervolging wegens nog meer terroristische misdrijven in verband met dezelfde gebeurtenis moet kunnen worden verdedigd.

Indien het geweldsmisdrijf als algemeen geweldsmisdrijf (dus zonder terroristisch oogmerk) cumulatief ten laste wordt gelegd naast art. 95a Sr zal uiteraard wel gewoon sprake zijn van meerdaadse samenloop. Over de mate waarin hetzelfde geldt voor het geval het misdrijf van art. 95a Sr (mede) werd begaan om de fundamentele politieke en / of constitutionele structuren van Nederland te vernietigen of te ontwrichten, is discussie mogelijk. Wanneer het misdrijf (tevens) werd begaan om een (deel der) bevolking ernstige vrees aan te jagen, lijkt niets in de weg te staan aan meerdaadse samenloop van art. 95a Sr en het geweldsmisdrijf met een terroristisch oogmerk.

### **De art. 123 en 124 Sr**

De strafrechtelijke bescherming van organen van lagere overheden heeft haar beslag gevonden in de art. 123 en 124 Sr. Deze bepalingen kennen dezelfde redactie als art. 95a Sr. Het door middel van (bedreiging met) geweld opzettelijk een vergadering van provinciale staten of de gemeenteraad dwingen enig besluit (niet) te nemen als bedoeld in de art. 123 en 124 Sr, levert dan ook per definitie de verwezenlijking van de tweede variant van het terroristisch oogmerk van art. 83a Sr op. De overige gedragingen van de art. 123 en 124 Sr worden weliswaar niet per definitie met een terroristisch oogmerk gepleegd in bijna alle gevallen die zich laten denken zal een terroristisch oogmerk ook bij die gedragingen aanwezig zijn. Dat betekent dat het dwingen van de art. 123 en 124 Sr steeds met een terroristisch oogmerk geschiedt.<sup>91</sup> In zoverre bestaat geen verschil met de bepalingen van de art. 95 en 95a en gelden de hiervoor besproken punten ook voor de art. 123 en 124 Sr.

In vergelijking met de hiervoor besproken bepalingen valt het relatief lage strafmaximum van de art. 123 en 124 Sr op. Dat verschil heeft een aantal consequenties dat,

<sup>90</sup> Dit is als het ware de keerzijde van de interne consistentie die hiervoor van doorslaggevende betekenis werd geacht voor de onjuiste interpretatie van art. 95a Sr die erop neerkomt dat het dwingen van een orgaan tot het (niet) nemen van een bepaald besluit plaats kan vinden met het oogmerk om de overheid tot dat besluit te dwingen.

<sup>91</sup> Uiteraard onder voorbehoud dat de hiervoor, ondanks haar strikte onjuistheid, bepleite interpretatie van de tweede variant van het terroristisch oogmerk voor bepalingen die geredigeerd zijn als art. 95a Sr juist is.

niettegenstaande de redactionele overeenkomst met de art. 95 en 95a Sr, een aparte bespreking rechtvaardigt.

*Consequenties van het verschil in sanctienorm ten opzichte van de art. 92-95a Sr*

De strafbaarstellingen van de art. 123 en 124 Sr kennen beide een sanctienorm van negen jaren.

Het feit dat deze misdrijven als terroristisch misdrijf worden aangemerkt wanneer zij zijn begaan met een terroristisch oogmerk betekent dat de straffen die daarop zijn gesteld, anders dan bij de hiervoor besproken misdrijven, met de helft kunnen worden verhoogd. De sanctienorm bedraagt dan voor deze feiten dertien jaren en zes maanden gevangenisstraf. De poging tot de misdrijven van de art. 123 en 124 Sr te begaan met een terroristisch oogmerk wordt bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren.

Een tweede consequentie van het verschil in sanctienorm ten opzichte van de art. 92-95a Sr heeft voor de samenloop van deze misdrijven, begaan als terroristisch misdrijf, en de terroristische misdrijven waarin (de bedreiging met) het geweld heeft bestaan meer betekenis. Indien samenloop optreedt van een misdrijf als bedoeld in de art. 123 en 124 Sr begaan met een terroristisch oogmerk en een terroristisch geweldsmisdrijf zal sprake kunnen zijn van een verhoging van de sanctienorm van het gewone geweldsmisdrijf wegens de in de art. 123 en 124 Sr genoemde omstandigheden in plaats van andersom.

Art. 57 lid 2 Sr bepaalt immers dat bij meerdadse samenloop cumulatie van sanctienormen mag plaatsvinden maar dat, bij gevangenisstraf of hechtenis, die cumulatie niet verder kan gaan dan een derde hoger dan het hoogste strafmaximum. Het hoogste strafmaximum is in die zin dus richtinggevend. Bij eendaadse samenloop is dit nog duidelijker. Volgens art. 55 lid 1 Sr mag in geval van eendaadse samenloop slechts de strengste strafbepaling worden toegepast. Bij de art. 92-95a Sr, die allemaal (ook zonder terroristisch oogmerk), met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd treedt hooguit samenloop met een misdrijf met een gelijke sanctienorm op. Een hogere sanctienorm is uitgesloten. Voor de art. 123 en 124 Sr geldt evenwel dat samenloop met een misdrijf dat een hogere sanctienorm kent op kan treden. Daarvan is bijvoorbeeld sprake in geval van samenloop met zware mishandeling met de dood tot gevolg (bedreigd met tien jaren volgens art. 302 lid 2 Sr) of zware mishandeling met voorbedachten rade (bedreigd met een gevangenisstraf van twaalf jaren volgens art. 303 lid 1 Sr).

De rol van de art. 123 en 124 Sr is, in gevallen van samenloop, in tegenstelling tot de hiervoor besproken strafbepalingen<sup>92</sup> uit de eerste Titels van het Wetboek van Strafrecht daardoor vaak een ondergeschikte, althans secundaire. Hiervoor bleek ook reeds dat de wetgever van 1881 met de art. 123 en 124 Sr slechts politieke misdrijven strafbaar wilde stellen. Daaruit kan worden geconcludeerd dat die wetgever met de art. 123 en 124 Sr een strafverhoging verwezenlijkt heeft voor de gewone strafbaarstellingen, zoals die van art. 303 Sr, wanneer het feit als politiek misdrijf werd begaan.

<sup>92</sup> De misdrijven van de art. 92 tot en met 95a Sr worden allemaal met levenslange gevangenisstraf bedreigd. Dan kan het geweldsmisdrijf hooguit met dezelfde straf bedreigd worden. Dan zal het misdrijf dus geen subsidiaire rol vervullen.



*Strafbaarstellingen (bedreiging met) geweld als strafverhoging voor de art. 123 en 124 Sr*  
 Indien samenloop optreedt van een misdrijf van één van de art. 123 en 124 Sr begaan met een terroristisch oogmerk en de gewone strafbaarstelling van de geweldshandeling met een terroristisch oogmerk (of de bedreiging daarmee) bestaat geen principieel onderscheid met de samenloop van art. 95a Sr met een terroristisch oogmerk en enig ander terroristisch misdrijf.<sup>93</sup> Dat brengt mee dat wanneer één van de misdrijven van de art. 123 en 124 Sr met een terroristisch oogmerk is begaan terwijl het geweld of de bedreiging daarmee tevens als ander (terroristisch) misdrijf ten laste is gelegd en bewezen is verklaard onderscheid moet worden gemaakt naar de variant van het terroristisch oogmerk die ten laste wordt gelegd.

Indien het misdrijf werd gepleegd met het oogmerk om (een deel van) de bevolking ernstige vrees aan te jagen, is er geen probleem. Tussen het misdrijf van de art. 123 en 124 Sr en het geweldsmisdrijf ontstaat meerdaadse samenloop. Beide misdrijven kunnen, uiteraard met inachtneming van het bepaalde in art. 57 lid 2 Sr, als terroristisch misdrijf<sup>94</sup> worden bestraft. Waarschijnlijk<sup>95</sup> geldt hetzelfde bij de derde variant van het terroristisch oogmerk. Voor de tweede variant van het terroristisch oogmerk ligt dat anders.

*De art. 123 en 124 Sr als strafverhoging voor de strafbaarstellingen van geweld*

Met betrekking tot de misdrijven van de art. 123 en 124 Sr zullen samenloopproblemen meestal ontstaan ten aanzien van geweldsmisdrijven die een hoger strafmaximum dan negen jaren gevangenisstraf kennen.

Bij meerdaadse samenloop van één van deze misdrijven en één van de misdrijven van de art. 123 en 124 Sr zou het hierboven beschreven uitgangspunt voor meerdaadse samenloop van de art. 94, 95a, 123 of 124 Sr en een geweldsmisdrijf bij aanwezigheid van één van de varianten van het terroristisch oogmerk tot ongerijmdheden leiden.

Dat kan eenvoudig worden gedemonstreerd aan de hand van het voorbeeld van de zware mishandeling met voorbedachten rade. Volgens art. 302 lid 1 Sr kan zware mishandeling met voorbedachten rade worden bestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren. Wanneer het misdrijf wordt begaan met een terroristisch oogmerk kan deze straf volgens art. 304a Sr met de helft worden verhoogd. Dan kan dus een gevangenisstraf van ten hoogste achttien jaren worden opgelegd. Indien meerdaadse samenloop optreedt met één van de misdrijven van de art. 123 en 124 Sr begaan met de tweede variant van het terroristisch oogmerk kan volgens het hiervoor geschetste uitgangspunt de zware mishandeling met voorbedachten rade niet als terroristisch misdrijf worden bestraft. In een dergelijk geval zou, nog steeds volgens het hier-

<sup>93</sup> Dat geldt bijvoorbeeld bij de zware mishandeling van art. 302 lid 1 Sr.

<sup>94</sup> Uiteraard geldt dit voor het geweldsmisdrijf slechts indien het ook als terroristisch misdrijf kan worden begaan. Bijvoorbeeld mishandeling (art. 300 Sr) kan niet als terroristisch misdrijf worden begaan (art. 304a j° art. 83 Sr). Dan kan zij vanzelfsprekend ook niet als terroristisch misdrijf worden bestraft.

<sup>95</sup> Gebrek aan zekerheid daaromtrent volgt uit het feit dat men van mening kan verschillen over het antwoord op de vraag in hoeverre de wetgever met bepalingen die een redactie kennen als art. 121 Sr het oog heeft gehad op de strafbaarstelling van de staatsgreep. Hiervoor werd betoogd dat daarvoor andere strafbepalingen zijn. Ten aanzien van de art. 123 en 124 Sr kan daaraan nog worden toegevoegd dat een gemeentelijke of provinciale staatsgreep niet goed denkbaar lijkt.

voor geschetste uitgangspunt, voor het misdrijf van art. 123 of art. 124 Sr begaan met een terroristisch oogmerk een gevangenisstraf van dertien en een half jaar kunnen worden opgelegd. Bij meerdaadse samenloop met de zware mishandeling met voorbedachten rade kan dan een gevangenisstraf van ten hoogste achttien jaren worden opgelegd.<sup>96</sup> Dat is dus exact dezelfde gevangenisstraf als kan worden opgelegd wanneer slechts voor de zware mishandeling met voorbedachten rade begaan met een terroristisch oogmerk wordt vervolgd. Dat zou dus betekenen dat in een dergelijk geval in de straf die kan worden opgelegd geen enkele betekenis meer toekomt aan het feit dat één van de misdrijven van de art. 123 en 124 Sr is gepleegd zonder dat sprake is van de ten hoogste op te leggen tijdelijke gevangenisstraf.<sup>97</sup> Dat is een minder gelukkige uitkomst nu de wetgever van 1881 met de art. 123 en 124 Sr juist strafverhoging voor het commune geweldsmisdrijf wilde in geval met dat misdrijf opzettelijk het vrijelijk functioneren van de gemeenteraad of provinciale staten werd gefrustreerd.

Nog minder aanvaardbaar wordt het wanneer het geweldsdelict als terroristisch misdrijf wel, maar als gewoon geweldsmisdrijf niet met levenslange gevangenisstraf kan worden bestraft. Dan kan immers een minder hoge straf worden opgelegd wanneer vervolgd wordt wegens één der misdrijven van de art. 123 en 124 Sr met het oogmerk een overheid te dwingen<sup>98</sup> en het geweldsmisdrijf. Het gaat dan dus (in de regel)<sup>99</sup> om geweldsmisdrijven die bij afwezigheid van het terroristisch oogmerk bedreigd worden met een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren. Doodslag met een terroristisch oogmerk wordt door art. 288a Sr bedreigd met levenslange gevangenisstraf. Voor een 'gewone' doodslag kan volgens art. 288 Sr een gevangenisstraf worden opgelegd van ten hoogste vijftien jaren. Bij meerdaadse samenloop van één der misdrijven van de art. 123 en 124 Sr met een terroristisch oogmerk en de 'gewone' doodslag van art. 288 Sr kan een gevangenisstraf van ten hoogste twintig jaren worden opgelegd.<sup>100</sup> Dat is dus minder. Het feit dat de officier van justitie er in zulke gevallen natuurlijk gewoon voor kan kiezen slechts voor de doodslag met terroristisch oogmerk te vervolgen, doet daaraan niet af.

Deze ongerijmdheid lijkt het best te kunnen worden weggenomen door het hiervoor beschreven uitgangspunt in die zin aan te vullen dat het terroristisch oogmerk in gevallen van samenloop van strafbare feiten waarbij het oogmerk slechts eenmaal strafverhogend mag werken, gekoppeld moet worden aan het zwaarste misdrijf dat als terroris-

<sup>96</sup> Volgens art. 57 lid 2 Sr kan niet meer gevangenisstraf worden opgelegd dan een derde boven het hoogste strafmaximum. Dertien en een half jaar is meer dan twaalf jaren. Een derde van dertien en een half jaar is vier en een half jaar. Dertien en een half jaar plus vier en een half jaar is achttien jaren.

<sup>97</sup> In geval van samenloop van strafbare feiten kan volgens art. 10 lid 3 Sr een tijdelijke gevangenisstraf van ten hoogste dertig jaren worden opgelegd. De wettelijke ruimte voor strafverhoging in verband met de samenloop is dus wel aanwezig.

<sup>98</sup> Het dwingen waar het oogmerk van art. 83a Sr betrekking op heeft, moet dan, in overeenstemming met het samenloopuitgangspunt van hiervoor, uiteraard wel overeenstemmen met de beïnvloeding van het functioneren van de overheid die door de betreffende gedraging werd verwezenlijkt. Indien het orgaan tot het nemen van een bepaald besluit wordt gedwongen om iets anders te verwezenlijken, behoeft daarvan geen sprake te zijn.

<sup>99</sup> Uitzonderingen zijn art. 140a lid 2 Sr (ten opzichte van art. 140 lid 3 Sr) en art. 282b Sr (ten opzichte van art. 282 Sr).

<sup>100</sup> De gevangenisstraffen van respectievelijk dertien en een half jaar en vijftien jaren mogen volgens art. 57 lid 2 Sr bij elkaar worden opgeteld tot een maximum van een derde boven het hoogste maximum. Een derde van vijftien jaren is vijf jaren. Vijftien jaren plus vijf jaren is twintig jaren.

tisch misdrijf kan worden begaan waarvoor straf wordt opgelegd. Het terroristisch oogmerk zou in de hier gegeven voorbeelden dan dus worden gekoppeld aan respectievelijk de zware mishandeling met voorbedachten rade en de doodslag. De strafmaxima zijn dan respectievelijk vierentwintig<sup>101</sup> in plaats van achttien jaren gevangenisstraf en levenslange<sup>102</sup> gevangenisstraf in plaats van tijdelijke van twintig jaren.

Deze nuancering doet recht aan de wens van de wetgever van 1881 om geweldsmisdrijven die gericht zijn tegen het vrijelijk functioneren van bepaalde staatsorganen met meer straf te bedreigen. Er lijken op zich zelf geen goede redenen deze wens niet langer te respecteren in geval het gaat om misdrijven die met een terroristisch oogmerk worden begaan. Dat bij de art. 123 en 124 Sr in wezen reeds het gewelddadig nastreven van de tweede variant van het terroristisch oogmerk strafbaar was gesteld, is daarvoor in ieder geval onvoldoende nu de wetgever van 2004 expliciet heeft voorzien in de mogelijkheid van strafverhoging voor deze bepalingen in verband met de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk, met inbegrip van deze tweede variant.<sup>103</sup>

Daarenboven sluit deze oplossing ook beter aan bij de samenloopregeling. In die regeling staat immers het feit dat met de zwaarste straf bedreigd wordt centraal. Bij eendaadse samenloop wordt slechts de strafbepaling met het hoogste strafmaximum toegepast. Bij meerdadse samenloop bepaalt de sanctienorm van de strafbepaling met het hoogste strafmaximum de grens van de cumulatie van sanctienormen. Misdrijven met een lager strafmaximum zijn van secundair, immers slechts strafverhogend, belang. Indien het terroristische misdrijf van secundair belang zou kunnen zijn, ware het denkbaar dat de toepasselijkheid van de WTM geen betekenis zou hebben voor het toepasselijke strafmaximum. Dat is het geval in het hiervoor geschetste voorbeeld van de meerdadse samenloop van doodslag en één der misdrijven van de art. 123 en 124 Sr begaan met een terroristisch oogmerk. Bij strafcumulatie in verband met meerdadse samenloop van doodslag met een ander misdrijf is er geen enkel verschil tussen een sanctienorm van negen jaren (misdrijven van de art. 123 en 124 Sr) of van dertien en een half jaar (misdrijven van de art. 123 en 124 Sr begaan met een terroristisch oogmerk) gevangenisstraf. In beide gevallen kan slechts vijf jaren gevangenisstraf bij de vijftien jaren die op doodslag gesteld zijn, worden opgeteld. Door de werking van de WTM te koppelen aan het misdrijf met het hoogste strafmaximum wordt verzekerd dat de WTM ook in dergelijke gevallen toepassing vindt.

Ten slotte wordt op deze wijze de hoogste strafverhoging gerealiseerd. Die strafverhoging ‘werkt door’ in die zin dat de ruimte voor strafcumulatie in art. 57 lid 2 Sr gekoppeld is aan het hoogste strafmaximum. Verhoging van dat maximum houdt dus een vergroting van de ruimte voor strafcumulatie in.

<sup>101</sup> Voor de zware mishandeling met voorbedachten rade met terroristisch oogmerk kan een gevangenisstraf van achttien jaren worden opgelegd (art. 304 j° art. 303 lid 1 Sr). De sanctienorm van de misdrijven van de art. 123 en 124 Sr (negen jaren gevangenisstraf) mag daarbij worden opgeteld tot ten hoogste een derde boven die achttien jaren (art. 57 lid 2 Sr). Een derde van achttien jaren is zes jaren. Achttien jaren plus zes jaren is vierentwintig jaren.

<sup>102</sup> Art. 288a Sr bepaalt dat doodslag met een terroristisch oogmerk kan worden bestraft met levenslange gevangenisstraf. Samenloopkwestes hebben dan vanzelfsprekend geen betekenis meer.

<sup>103</sup> Dat daarbij doublures binnen strafbaarstellingen (kunnen) optreden blijft op deze plaats buiten beschouwing.

## Afsluiting

Op de hier voorgestelde oplossingen voor de samenloopproblemen die kunnen ontstaan wanneer een enkele terroristische aanslag of actie als meerdere terroristische misdrijven wordt vervolgd, is zeker kritiek mogelijk. Zij bevredigen vast niet een ieder volledig.<sup>104</sup> Zij bieden hooguit een aanvaardbaar en werkbaar compromis dat noodzakelijk is om de uitwassen van een consequente toepassing van de samenloopjurisprudentie van de Hoge Raad enigszins te neutraliseren.

De gehanteerde criteria sluiten, door een groot gewicht toe te kennen aan de gelijksoortigheid van de betrokken strafbepalingen en het daarin beschermde rechtsbelang, in zekere zin aan op het strekkingscriterium van de Hoge Raad. Dat geldt zowel voor de door de gelijksoortigheid van de betrokken strafbepalingen en de daardoor beschermde rechtsbelangen als voor het terroristisch oogmerk waarbij tussen de verschillende varianten wordt onderscheiden.

Strafcumulatie zou ontoelaatbaar moeten worden geacht wanneer dezelfde variant van het terroristisch oogmerk als strafverhogende omstandigheid meerdere malen aan dezelfde feitelijke gedraging wordt gekoppeld, terwijl die gedraging zelf reeds mede strafbaar is gesteld in verband met (de verwezenlijking van) die variant van het terroristisch oogmerk (het gaat dan bijvoorbeeld om gevallen waarin feitelijk sprake is van het dwingen van een overheid met het oogmerk die overheid te dwingen door middel van geweld met het oogmerk een overheid te dwingen). Eigenlijk zou in dergelijke gevallen (in verband met doublures binnen strafbaarstellingen) helemaal geen ruimte moeten bestaan voor strafverhoging in verband met de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk.

Met de WTM heeft de wetgever evenwel toch voor die strafverhoging gekozen. Dan moet zij dus ook maar worden toegepast. Het lijkt echter wat veel van het 'goede' om dié strafverhoging ten aanzien van meerdere misdrijven die in verband met een enkele feitelijke gebeurtenis bewezen verklaard zijn toelaatbaar te achten. In lijn met de ratio van art. 57 lid 2 moet in de hier voorgestane opvatting het terroristisch oogmerk in dergelijke gevallen gekoppeld worden aan het misdrijf dat met de hoogste straf wordt bedreigd. Dat lijkt ook het meeste recht te doen aan de samenloopregeling.

## 6.6 Afsluiting

In het onderhavige hoofdstuk is aandacht besteed aan verschillende situaties waarin op een enkele gedraging meerdere strafbepalingen van toepassing zijn of lijken. Daarbij stonden samenloopproblemen centraal. De wijze waarop de Hoge Raad met de samenloop van strafbare feiten omgaat leidt in te veel gevallen tot strafcumulatie. Om die reden zou een onderscheid tussen een- en meerdadse samenloop waarbij meer oog bestaat voor de eenheid van tijd, handeling en schuld de voorkeur verdienen.

<sup>104</sup> Zelf heb ik er lang over getwijfeld (en twijfel ik in zekere zin nog steeds) of de eendaadse samenloop van het terroristisch oogmerk wel (zoals hier bepleit) beperkt zou moeten blijven tot de variant waarop de betreffende thematische strafbaarstelling steeds betrekking heeft. Bij een enkele strafbepaling maakt het voor de strafwaardigheid immers niet uit of de dader met één of meerdere varianten van dat oogmerk handelde. De strafverhoging vindt daar slechts eenmaal plaats. Uiteindelijk heeft het feit dat de verschillende varianten ongelijksoortig zijn de doorslag gegeven voor de hier verdedigde opvatting.

Voor terroristische misdrijven gelden bijzondere redenen om aan de meerdaadse samenloop een beperkter bereik toe te kennen dan de Hoge Raad thans doet. Dat werd geïllustreerd aan de hand van een aantal voorbeelden waarbij samenloopproblemen die het gevolg zijn van de inwerkingtreding van de WTM werden besproken. In dat verband kwamen de samenloop van 1) de samenspanning tot terroristisch misdrijf en de deelneming aan een terroristische organisatie, 2) de deelneming van een criminele en de deelneming aan een terroristische organisatie, 3) het terroristische gemeengevaarlijke misdrijf en het terroristisch geweldsmisdrijf en 4) de thematische strafbaarstelling van terroristische misdrijven en andere terroristische misdrijven aan de orde.

Ten aanzien van de samenspanning tot terroristisch misdrijf en de deelneming aan een terroristische organisatie zou in ieder geval geen ruimte moeten bestaan voor meerdaadse samenloop indien de deelneming slechts in de samenspanning heeft bestaan. Daarvoor zijn in de wetsgeschiedenis aanwijzingen te vinden terwijl die opvatting ook niet ver verwijderd raakt van het strekkingscriterium van de Hoge Raad.

Ten aanzien van de deelneming aan een criminele en die aan een terroristische organisatie zijn samenloopproblemen niet denkbaar. Daar is altijd sprake van een specialiteitsverhouding.

Bij terroristische gemeengevaarlijke misdrijven en terroristische geweldsmisdrijven is meerdaadse samenloop niet ontoelaatbaar voor zover de veiligheid waarvoor door het gemeengevaarlijke misdrijf gevaar te duchten is en de gevolgen die dat misdrijf heeft niet zien op exact hetzelfde belang als het belang dat de strafbaarstelling van het geweldsmisdrijf beoogt te beschermen. Voor alle onderdelen waarvoor volgens dat criterium straf opgelegd kan worden, kan, uiteraard binnen de grenzen van art. 57 lid 2 Sr, het terroristisch oogmerk dan strafverhogend werken.

Bij de thematische strafbaarstellingen van terroristische misdrijven geldt soms dat het misdrijf slechts kan worden gepleegd met een terroristisch oogmerk. De betreffende strafbepaling beschermt hetzelfde rechtsbelang als door de verwezenlijking van het terroristisch oogmerk wordt aangerand. Wanneer in een dergelijk geval meerdaadse samenloop van de terroristische thematische strafbaarstelling en het andere misdrijf gepleegd met een terroristisch oogmerk toelaatbaar geacht zou worden zou het terroristisch oogmerk de dader meer dan eens (nog afgezien van het eventuele bestaan van doublures binnen de betreffende strafbaarstellingen) worden tegengeworpen. Bij deze categorie ging het werkelijk om de mogelijkheid van doublures tussen strafbaarstellingen. Om die reden zou bij meerdaadse samenloop het terroristisch oogmerk slechts aan de strengste strafbepaling gekoppeld mogen worden voor zover de verwezenlijking van het terroristisch oogmerk waarmee het geweldsmisdrijf werd begaan zelfstandig strafbaar is gesteld in de thematische strafbepaling.



## 7 Samenvatting en conclusie

Dit onderzoek wordt in dit hoofdstuk afgesloten met een samenvatting en een conclusie. De samenvatting in paragraaf 7.2 zal bestaan uit een verkorte weergave van de belangrijkste onderzoeksresultaten die een antwoord bevatten op de vragen die in hoofdstuk 1 werden geformuleerd. In paragraaf 7.1 zullen in dit kader eerst de onderzoeksvragen aan de hand waarvan dit onderzoek heeft plaatsgevonden in herinnering worden geroepen. Dit hoofdstuk zal in paragraaf 7.3 worden afgesloten met een korte conclusie.

### 7.1 Terug naar de onderzoeksvragen

In hoofdstuk 1 werd de beantwoording van de volgende drie vragen als doel van het onderzoek gesteld.

*Wat is de strafrechtelijke betekenis van het terroristisch misdrijf, het terroristisch oogmerk en de strafverhoging wegens terroristisch misdrijf van de Wet terroristische misdrijven en hoe passen deze in het systeem van het Nederlandse strafrecht?*

*Op welke wijze geeft de Wet terroristische misdrijven uitbreiding aan daderschap aan en strafbaarheid wegens terroristisch misdrijf en hoe moeten deze uitbreiding in het licht van het systeem van het Nederlandse materiële strafrecht worden gewaardeerd?*

*Hoe verhoudt de strafverhoging van de Wet terroristische misdrijven zich tot eerdere strafbaarstellingen van terrorisme en welke straf kan feitelijk voor terroristische misdrijven worden opgelegd wanneer het complex van gedragingen waaruit de uitvoering van een enkele aanslag of actie bestaat of zelfs een enkele gedraging als meerdere terroristische misdrijven kan worden gekwalificeerd?*

Deze vragen zijn in de hoofdstukken 2 tot en met 6 beantwoord. Bij die beantwoording is rekening gehouden met de Wet herijking strafmaxima die na de inwerkingtreding van de WTM in werking is getreden. Deze antwoorden worden hieronder nogmaals aan de orde gesteld.

### 7.2 Samenvatting

De samenvatting van de resultaten van dit onderzoek zal hoofdstukgewijs plaatsvinden.

#### 7.2.1 Hoofdstuk 2

In hoofdstuk 2 heeft de beantwoording van de eerste onderzoeksvraag (*Wat is de strafrechtelijke betekenis van het terroristisch misdrijf, het terroristisch oogmerk en de strafverhoging wegens terroristisch misdrijf van de Wet terroristische misdrijven en hoe passen deze in het systeem van het Nederlandse strafrecht?*) plaatsgevonden.

##### 7.2.1.1 Het terroristisch misdrijf

Met de inwerkingtreding van de WTM zijn de begrippen terroristisch oogmerk (art. 83a Sr) en terroristisch misdrijf (art. 83 Sr) in het Nederlandse strafrecht geïntroduceerd. Bepaalde misdrijven zijn terroristische misdrijven wanneer zij met een terroristisch oogmerk zijn begaan.

Kritische kanttekening bij de omschrijving van het terroristisch misdrijf in het Nederlandse strafrecht is dat niet voldoende gegarandeerd lijkt dat de werking van de WTM zich niet tevens uitstrekt over misdrijven die politieke actievoerders begaan. Nu behoeft uiteraard niemand op voorhand van de toepassing van de Wet te worden uitgesloten, ook actievoerders niet. Het is evenwel niet aanvaardbaar dat de strafrechtelijke antiterreurwetgeving wordt toegepast als bij een politieke demonstratie misdrijven worden gepleegd die geen enkele reële bedreiging voor de samenleving vormen. Het risico dat dit geschiedt, kan niet geheel worden geëcarteerd als gevolg van een tweetal omstandigheden.

Allereerst zijn niet alle misdrijven die als terroristisch misdrijf kunnen worden begaan ernstige misdrijven die gericht zijn op het zaaien van dood en verderf. Ook minder ernstige misdrijven kunnen terroristische misdrijven zijn. Dat volgt overigens direct uit het Kaderbesluit. Het Kaderbesluit compenseert dat evenwel door voor de kwalificatie als terroristisch misdrijf te eisen dat het betreffende misdrijf *door zijn aard of context een land of internationale organisatie ernstig kan schaden*. De WTM, en dat is de tweede omstandigheid, heeft die eis evenwel niet overgenomen.

Voor de misdrijven waar het bij ernstige vormen van internationaal terrorisme werkelijk om gaat voorziet de WTM overigens niet in strafverhoging. Delicten als moord (art. 289 Sr), het veroorzaken van een ontploffing met dodelijke slachtoffers (art. 157 Sr) of het vernielen van een gebouw met dodelijke slachtoffers (art. 170 Sr) voorzagen het Nederlands strafrecht reeds in de hoogste straf.

### 7.2.1.2 Het terroristisch oogmerk

De eis dat het dwingen van de overheid waar de tweede variant van het terroristisch oogmerk van art. 83a Sr (*het oogmerk om een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden*) betrekking op moet hebben wederrechtelijk is, is later aan het wetsvoorstel toegevoegd. Die toevoeging bedoelde juist te garanderen dat demonstranten en activisten die, hun op zichzelf niet volstrekt onredelijke, politieke eisen incidenteel met een minder ernstig misdrijf trachten kracht bij te zetten niet als terrorist veroordeeld zullen kunnen worden. Die invoeging zal dat effect evenwel niet kunnen sorteren.

Daarenboven bestaat tamelijk veel onduidelijkheid over de reikwijdte van het terroristisch oogmerk. Zo is niet volledig duidelijk hoe groot het deel van de bevolking moet zijn waarop het oogmerk om ernstige vrees aan te jagen ziet. Evenmin is volstrekt helder waarop het oogmerk om een overheid wederrechtelijk te dwingen allemaal kan zien en wie onder welke voorwaarden en omstandigheden als overheid in de zin van art. 83a Sr moet worden aangemerkt. Wat precies verstaan wordt onder de *politieke, constitutionele, economische of sociale structuren van een land of internationale organisatie* en welke van deze structuren wel en welke niet fundamenteel zijn, kan ook niet als volledig vaststaand worden aangemerkt. Juist die ruime en vage formulering roept het gevaar in het leven dat het bereik van terroristische misdrijven te ruim wordt.

In het Nederlandse strafrecht is, althans op bestanddeelniveau, geen rol weggelegd voor het motief waarmee een strafbaar feit is gepleegd. In dat kader is onderzoek gedaan naar het antwoord op de vraag of het terroristisch oogmerk als een motief moet



worden aangemerkt. Dat blijkt niet het geval. Wel blijkt dat de band tussen het terroristisch oogmerk en de gedraging die met dat oogmerk wordt gepleegd soms erg zwak is. Compensatie van die zwakke band door een objectief equivalent van het terroristisch oogmerk vindt helaas niet plaats in art. 83 Sr. In dergelijke gevallen bestaat het gevaar dat de rechter de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk niet afleidt uit de gedraging (die ook wellicht helemaal niet met dat oogmerk is of zelfs maar kan zijn verricht) maar uit de algemene visie van de verdachte op de samenleving en uit in het algemeen bij hem levende wensen. Dan ligt een Gesinnungsstrafrecht op de loer terwijl het motief nu juist buiten het Nederlandse strafrecht is gehouden om dat te voorkomen. De zwakke band tussen oogmerk en misdrijf zou versterkt zijn wanneer de wetgever uit het Kaderbesluit de eis overgenomen had dat het betreffende misdrijf *door zijn aard of context een land of internationale organisatie ernstig kan schaden*. Die eis had dan als objectief equivalent van het terroristisch oogmerk kunnen functioneren. In verband met de zwakke band tussen de gedraging en het terroristisch oogmerk, die ook door de wetgever werd geconstateerd, is bepleit dat misdrijven als art. 79 KEW geacht moeten worden niet met een terroristisch oogmerk begaan te kunnen worden. Deze misdrijven kunnen dan alleen als terroristisch misdrijf worden bestraft wanneer zij zijn begaan *met het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken*.

### 7.2.1.3 De strafverhoging

Het uitgangspunt van de WTM is dat de sanctienorm van het betreffende misdrijf met de helft wordt verhoogd indien het misdrijf is begaan met een terroristisch oogmerk. Indien op het misdrijf een gevangenisstraf van vijftien jaren is gesteld, kan levenslange gevangenisstraf worden opgelegd wanneer het misdrijf is begaan met een terroristisch oogmerk.

De systematiek van strafverhoging van de WTM is niet vanzelfsprekend. Traditioneel verschaffen de algemene strafmaximumverhogende omstandigheden die in het derde lid van art. 10 Sr worden genoemd (waaraan het terroristisch misdrijf is toegevoegd) een verhoging van de sanctienorm met een derde. Zij kennen niet de mogelijkheid dat een tijdelijke gevangenisstraf wordt verhoogd tot een levenslange. Voor zover in het Nederlandse strafrecht strafmaximumverhogende omstandigheden voorkomen die voorzien in strafverhoging met de helft en verhoging van een tijdelijke gevangenisstraf tot een levenslange gaat het om beperktere (en vaak duidelijker omschreven) gronden die in specifieke strafbepalingen zijn opgenomen. Dat wekt de indruk dat de WTM weinig meer is dan een technisch juridisch kunstje waarbij de werkelijke strafwaardigheid van het feit naar de achtergrond is verdrongen. Weliswaar moet worden toegegeven dat er gevallen zijn waarin de wetgever specifiek in een aparte strafbepaling met een eigen strafmaximum heeft voorzien, maar het gaat dan wel steeds om nog grotere strafverhogingen.

Met name de automatische verhoging van de tijdelijke gevangenisstraf naar een levenslange heeft aspecten die problematisch zijn. Dat betreft met name het feit dat deze strafverhoging naar boven afwijkt van de systematiek van de WTM van verhoging met de helft die dus zelf ook al naar boven afwijkt van de systematiek van generieke strafmaximumverhogende omstandigheden. Daarbij verdient opmerking dat de wetgever ten tijde van de totstandkoming van de WTM niet de mogelijkheid had om de systematiek van strafverhoging met de helft ook ten aanzien van misdrijven die met vijftien

jaren gevangenisstraf werden bedreigd toe te passen. Hij moest kiezen tussen verhoging tot twintig jaren (met een derde dus) of tot levenslang.

Na de inwerkingtreding van de WTM is met de invoering van de Wet herijking strafmaxima de maximale duur van de tijdelijke gevangenisstraf verhoogd van twintig naar dertig jaren. Het voorstel tot deze verhoging is bij amendement aan het wetsvoorstel toegevoegd. Bedoeling van het amendement was volgens de indieners ervan expliciet niet om te voorzien in strafverhoging doch slechts om de rechter bij de strafoplegging meer armslag te geven. Door op deze wijze het strafgat tussen levenslange en tijdelijke gevangenisstraf te dichten zou het effect volgens deze indieners zijn dat de rechter zich juist minder vaak gedwongen zal voelen levenslange gevangenisstraf op te leggen.

Door voor (onder meer) terroristische misdrijven, ook afgezien van gevallen waarin tevens levenslang kan worden opgelegd (art. 10 lid 3 Sr), de mogelijkheid te introduceren om een tijdelijke gevangenisstraf van ten hoogste dertig jaren op te leggen, beëindigt de inwerkingtreding van de Wet herijking strafmaxima de onmogelijkheid om de sanctienorm van vijftien jaren gevangenisstraf met de helft te verhogen. Op terroristische misdrijven die zonder terroristisch oogmerk bedreigd worden met een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren zou thans ‘gewoon’ tweeëntwintig en een half jaar gevangenisstraf gesteld kunnen worden.

De levenslange gevangenisstraf, als zwaarste straf die ons recht kent, zou gereserveerd moeten blijven voor misdrijven waarvan de buitengewone ernst deze buitengewoon zware strafdreiging kan rechtvaardigen. Vaststelling van deze sanctienorm behoort per delict en niet bij wijze van generieke strafmaximumverhogende omstandigheid plaats te vinden. De wetgever meende kennelijk in de onmogelijkheid om de systematiek van de WTM consequent toe te passen een argument te vinden om van dit uitgangspunt af te wijken. Als die onmogelijkheid dan ophoudt te bestaan, bestaat, ongeacht de kracht van het argument dat de onmogelijkheid van strafverhoging met de helft kan nopen tot vaststelling van levenslange gevangenisstraf, voor de handhaving van deze generieke strafmaximumverhogende omstandigheid geen enkele grond meer.

Van een werkelijke ‘herijking’ had de wetgever dus eerst mogen spreken indien hij de sanctienorm van ieder afzonderlijk terroristisch misdrijf dat zonder terroristisch oogmerk met vijftien jaren gevangenisstraf wordt bedreigd opnieuw (in het licht van de nieuwe maximale duur van de tijdelijke gevangenisstraf) had vastgesteld. Of hier sprake is van slordigheid of van een bewuste keuze kan niet met zekerheid worden vastgesteld. Ook de ‘herijking’ blijkt (net als de strafverhoging van de WTM) eigenlijk een technisch juridisch kunstje te zijn. De wetgever veronachtzaamt daarmee zijn verantwoordelijkheden.

In verschillende strafbepalingen wordt van de standaardsystematiek van de WTM afgeweken door op een concreet terroristisch misdrijf een straf te stellen die beduidend hoger is dan deze systematiek voorschrijft. In het oog springende voorbeelden daarvan zijn de art. 140a en 282b Sr. Hier heeft de wetgever steeds bewust gekozen voor een afwijking van de systematiek van de WTM. Kennelijk was hij ten aanzien van die misdrijven van mening dat niet volstaan kon worden met de standaardstrafverhoging.

Ten aanzien van art. 140a Sr was dat ook logisch nu het Kaderbesluit ten aanzien van *strafbare feiten met betrekking tot een terroristische groep* hogere minimum maximumstraffen voorschrijft dan de standaardstrafverhoging ten aanzien van art. 140 Sr meegebracht zou hebben. Op zichzelf bestaan er ook geen bezwaren tegen deze afwijkingen mits zij goed doordacht en deugdelijk gemotiveerd zijn.

Ten aanzien van de terroristische gijzeling van art. 282b Sr is zonder deugdelijke toelichting afgeweken van de systematiek van de WTM. Art. 282b Sr is geformuleerd als vrijheidsberoving (art. 282 Sr) begaan met een terroristisch oogmerk. De strafverhoging met de helft die de systematiek van de WTM voorschrijft, heeft plaatsgevonden ten aanzien van de gijzeling van art. 282a Sr. Dat delict is zelf een gekwalificeerde specialis van art. 282 Sr. Omdat art. 282b Sr (als terroristisch misdrijf zelf ook een gekwalificeerde specialis van art. 282 Sr) niet alle bestanddelen van art. 282a Sr bevat, had de strafverhoging niet op die laatste bepaling gebaseerd mogen worden. In hoofdstuk 5 bleek overigens dat art. 282a Sr zelf ook ter bestrijding van internationaal terrorisme was vastgesteld. Materieel bleek sprake van een doublure, formeel betreft het een afwijking van de systematiek van de WTM.

## 7.2.2 Hoofdstuk 3

De tweede onderzoeksvraag (*Op welke wijze geeft de Wet terroristische misdrijven uitbreiding aan daderschap aan en strafbaarheid wegens terroristisch misdrijf en hoe moeten deze uitbreiding in het licht van het systeem van het Nederlandse materiële strafrecht worden gewaardeerd?*) is beantwoord in hoofdstuk 3.

### 7.2.2.1 De aanvaardbaarheid van buitengewone vormen van daderschap en strafbaarheid in algemene zin

Voor de ‘ernstigste terroristische misdrijven’ heeft de wetgever voorzien in de strafbaarstelling van samenspanning in de zin van art. 80 (en art. 96 lid 1) Sr en de voorbereiding en bevordering in de zin van art. 96 lid 2 Sr.

Dat ernstige misdrijven die worden of zijn begaan met een oogmerk dat voor de samenleving als geheel bedreigend is met een hogere straf worden bedreigd dan dezelfde misdrijven die zonder een dergelijk oogmerk worden of zijn begaan, is, getuige de eerste Titels van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht, niets nieuws. Dat daarbij uitbreiding wordt gegeven aan strafbaarheid op een wijze die ten aanzien van ‘gewone’ misdrijven (in de regel) niet aanvaardbaar wordt geacht is zowel logisch als gerechtvaardigd.

Dat geldt in de eerste plaats voor de uitbreiding in temporele zin waardoor voor die misdrijven die de samenleving het ergst bedreigen reeds een strafaanspraak ontstaat op het moment dat twee of meer personen in volle ernst de wil om een dergelijk misdrijf te plegen aan elkaar kenbaar maken. In de samenspanning is nauwelijks een gedraging te onderscheiden. Het gaat slechts om het kenbaar maken van intenties, wensen of verlangens. Vaak gaat het slechts om het uitspreken van woorden. Door die ‘gedraging’ wordt ook, anders dan bij verbale delicten als belediging, niemand gekrenkt en ontstaat, anders dan bij het aanzetten tot haat of opruiing, geen direct gevaar voor de openbare orde. Om die reden staat de strafbaarstelling van samenspanning op gespannen voet met de uitgangspunten van het Nederlandse strafrecht.

De misdrijven waarop de strafbaarstelling van samenspanning (van oudsher) ziet, wijken echter af van de ‘gewone’ misdrijven waarvoor de ‘gewone’ strafrechtelijke uitgangspunten onverkort behouden dienen te blijven. Het zwaarste ‘gewone’ delict dat door een ieder tegen een ieder kan worden gepleegd (waarbij het dus gaat om een strafbaarstelling die is gebaseerd op de intrinsieke strafwaardigheid van de feitelijke gedraging) is zonder twijfel moord (art. 289 Sr). Hoe strafbaar en betreuenswaardig een moord ook zijn moge het functioneren of voortbestaan van de samenleving zal er niet door worden aangetast. De samenleving (als geheel; voor bepaalde individuele leden (nabestaanden) zal dit vaak anders liggen) kan dit verlies gemakkelijk dragen. De misdrijven waartoe van oudsher de samenspanning strafbaar gesteld is, kan de samenleving (mogelijk) niet dragen. Dan kan zij vanzelfsprekend ook niet volstaan met deze misdrijven achteraf te bestraffen. Voor strafbaarheid een begin van uitvoering eisen, is dan een precaire aangelegenheid. Strafbaarstelling van samenspanning lijkt onder die omstandigheden gerechtvaardigd.

De gedragingen die in de betreffende delictsomschrijvingen strafbaar zijn gesteld, zijn vaak tevens als ‘gewoon’ misdrijf strafbaar gesteld. Dat geldt bijvoorbeeld voor moord. De betreffende delictsomschrijvingen vullen de delictsomschrijvingen van de ‘gewone’ misdrijven aan met bestanddelen waarmee invulling wordt gegeven aan gevaren die de samenleving (mogelijk) niet dragen kan. Op deze wijze tracht de wetgever te verzekeren dat de betreffende bepalingen ook slechts dan worden toegepast wanneer de uitvoering van het misdrijf werkelijk het voortbestaan of functioneren van de samenleving in gevaar zou kunnen brengen.

In het systeem van het materiële strafrecht is voor deze uitgangspunten ook wel steun te vinden. Voor de andere onvolkomen delictvormen (of wellicht adequater: delictvormen die per definitie een zekere temporele afstand van het voltooid feit kennen) geldt ook dat een grotere afstand van het voltooid feit gerechtvaardigd wordt door een grotere ernst van het betreffende voltooid feit. Zo is de poging slechts ten aanzien van misdrijven strafbaar en de voorbereiding van art. 46 Sr ten aanzien van misdrijven die met een gevangenisstraf van acht jaren of meer bedreigd worden.

In de tweede plaats gaat het om die bijdragen aan de betreffende misdrijven die, ongeacht hun temporele afstand tot het misdrijf, in de regel als een te geringe bijdrage aan dat misdrijf worden beschouwd om als een strafrechtelijk relevante bijdrage aan het plegen van dat misdrijf te kunnen worden aangemerkt. Hier gaat het met name om de zogenaamde bevorderingshandelingen van het tweede lid van art. 96 Sr. De meeste van deze bijdragen gaan in de regel eveneens aan het plegen van het misdrijf vooraf. In sommige gevallen gaan zij zelfs aan de samenspanning vooraf. In een enkel geval is evenwel goed denkbaar dat zij in de tijd (gedeeltelijk) samenvallen met het plegen van het misdrijf zelf. Ook kunnen zij voorafgaan aan het misdrijf op een wijze die elders in het Wetboek op één lijn wordt gesteld met het plegen van het misdrijf. In al deze gevallen gaat de gedraging van art. 96 lid 2 Sr dus ofwel niet vooraf aan het plegen van het misdrijf vooraf ofwel wordt het feit dat de gedraging wel aan het eigenlijke plegen voorafgaat voor de strafwaardigheid niet van belang geacht. De uitbreiding van strafbaarheid van art. 96 lid 2 Sr heeft dan dus minder betrekking op het tijdstip van het leveren van de betreffende bijdrage dan op de betekenis van die bijdrage voor het te plegen misdrijf. Die betekenis is van ondergeschikt belang omdat de bepaling niet

wordt toegepast wanneer een bijdrage wordt geleverd die als deelnemingsfiguur in de zin van de art. 46a, 47 of 48 Sr kan worden aangemerkt.

Opnieuw lijkt het gerechtvaardigd om minder hoge eisen aan de betekenis van de bijdrage voor het plegen van het misdrijf te stellen naarmate het een ernstiger misdrijf betreft. Ook hier geldt, net als bij de temporele afstand, dat de systematiek van het materiële strafrecht dat uitgangspunt reeds kent. Zo geldt voor de andere deelnemingsvormen (of wellicht adequater: delictvormen die het leveren van een bijdrage aan het plegen van het misdrijf inhouden) ook dat een geringer belang van de bijdrage voor het plegen van het strafbaar feit eerder strafbaarheid rechtvaardigt naarmate het te plegen feit ernstiger is. Plegen, doen plegen, medeplegen en uitlokking zijn ten aanzien van alle strafbare feiten strafbaar. Voor de strafbaarheid van poging tot uitlokking en medeplichtigheid is slechts plaats indien de gedraging plaatsvindt ten aanzien van een misdrijf.

De gevaren die (het functioneren of voortbestaan van) een samenleving als geheel bedreigen, kunnen uiteraard in de loop der tijd veranderen. Ten tijde van de totstandkoming van de strafbaarstellingen van samenspanning (eind negentiende eeuw) en (in mindere mate) voorbereiding (eerste helft twintigste eeuw) kon de wetgever zich nog geen voorstelling maken van de gevaren van massavernietigingswapens.<sup>1</sup> Het grootschalig gebruik van dergelijke wapens kan (het functioneren of zelfs voortbestaan van) een samenleving uiteraard ernstig bedreigen.

#### **7.2.2.2 Buitengewone vormen van daderschap en strafbaarheid in de WTM**

Ook met het terroristisch oogmerk tracht de wetgever invulling te geven aan gevaren die de samenleving (mogelijk) niet dragen kan. Grootschalige allesvernietigende aanslagen kunnen een samenleving ernstige schade toebrengen. Wanneer een dergelijke aanslag leidt tot de verwezenlijking van één van de varianten van het terroristisch oogmerk komt die samenleving in gevaar op een wijze die niet (per definitie) minder bedreigend is dan die waarop dat in geval van één van de misdrijven uit de eerste Titels van het Tweede Boek van het WvSr geschiedt. Dat ook voor zeer ernstige terroristische misdrijven wordt voorzien in uitbreidingen van strafbaarheid is goed te verdedigen.

De systematiek van de WTM bij uitbreiding van de strafbaarheid van ernstige terroristische misdrijven tot de samenspanning en voorbereiding van art. 96 lid 2 Sr is geweest dat deze strafbaarstelling plaatsvond bij terroristische misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd. Ook indien de mogelijkheid om levenslange gevangenisstraf op te leggen afhankelijk is van het intreden van een strafverhogende omstandigheid die aan ieder schuldbestanddeel onttrokken is, zijn de samenspanning en voorbereiding in de zin van art. 96 lid 2 Sr tot dat misdrijf strafbaar gesteld. Omdat die samenspanning op die omstandigheid geen betrekking heeft gehad lijkt dat uitgangspunt onjuist. Daarnaast lijkt de wetgever weinig zorgvuldig te zijn omgesprongen met zijn eigen uitgangspunt.

<sup>1</sup> Tijdens de eerste wereldoorlog had de wereld wel kennis gemaakt met de vernietigende eigenschappen van mosterdgas.

Zo heeft hij in het geval van art. 162a Sr niet voorzien in de strafbaarstelling van samenspanning en voorbereiding terwijl dat misdrijf volgens art. 162a onderdeel 2° j° art. 176a Sr wel met levenslange gevangenisstraf wordt bedreigd indien het misdrijf is begaan met een terroristisch oogmerk en hiervan gevaar voor de veiligheid van de luchtvaart te duchten valt en het feit iemands dood ten gevolge heeft. Onzorgvuldigheid lijkt er ook de oorzaak van dat de wetgever er in het ene geval wel en in het andere geval niet voor gekozen heeft de strafbaarstellingen van samenspanning en voorbereiding als bedoeld in art. 96 lid 2 Sr tevens betrekking te laten hebben op die onderdelen van een strafbepaling die nimmer met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd.

### **7.2.2.3 Aanvaardbaarheid van de uitbreiding van daderschap en strafbaarheid in de WTM**

De strafbaarstelling van samenspanning tot en voorbereiding in de zin van art. 96 lid 2 Sr van alle terroristische misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd, is als uitgangspunt te ruim. Dat geldt met name voor de terroristische misdrijven die slechts met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd indien een bepaald strafverhogend gevolg dat aan ieder schuldbestanddeel (en dus ook aan de samenspanning) onttrokken is, intreedt.

In verband met de ruime vage omschrijving van het terroristisch oogmerk, het grote aantal misdrijven dat niet per definitie van de zwaarste categorie is dat als terroristisch misdrijf met levenslange gevangenisstraf wordt bedreigd en het ontbreken van een objectief equivalent van het terroristisch oogmerk lijkt de conclusie te moeten zijn dat een beperkter uitgangspunt aangewezen is. Als zodanig is in dit onderzoek een drietal cumulatieve voorwaarden aangewezen. Het zou moeten gaan om terroristische misdrijven die ook zonder terroristisch oogmerk reeds met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd (1), welke strafdreiging niet afhankelijk is van het intreden van strafverzwarende gevolgen waarop de samenspanning geen (althans niet per definitie) betrekking heeft (2) en die naar hun aard of context een land of internationale organisatie ernstig kunnen schaden (3).

Daarenboven zou, anders dan de minister meent, gegarandeerd moeten zijn dat strafbaarheid met betrekking tot de samenspanning en voorbereiding / bevordering niet nog verder wordt opgerekt door onvolkomen delictvormen ook ten aanzien van deze strafbaarstellingen strafbaar te achten. Voorbereiding van en poging tot samenspanning dienen straffeloos te blijven. Tevens zou, naar analogie van andere regelingen (waaronder de strafbaarstelling van samenspanning in het Duitse recht en de strafbaarstelling van samenspanning in het WMS), voorzien moeten worden in een inkeerregeling.

Het uitgangspunt van de WTM voor de strafbaarstelling van samenspanning en voorbereiding in de zin van art. 96 lid 2 Sr en de genoemde onzorgvuldigheden leiden er in sommige gevallen ook toe dat de samenspanning tot een bepaald terroristisch misdrijf met een hogere straf wordt bedreigd dan de poging tot hetzelfde terroristisch misdrijf. Dat kan uiteraard niet worden aanvaard.

Met de inwerkingtreding van de Wet herijking strafmaxima zijn de sanctienormen voor de voorbereiding (in de zin van art. 46 Sr) van en poging tot misdrijven die met

levenslange gevangenisstraf worden bedreigd verhoogd. Volgens art. 46 lid 3 (nieuw) Sr kan voor die voorbereiding thans een gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaren worden opgelegd. Dat was daarvoor tien jaren (art. 46 lid 3 (oud) Sr). Volgens art. 45 lid 3 (nieuw) Sr kan voor poging tot een misdrijf waarop levenslange gevangenisstraf is gesteld een gevangenisstraf van ten hoogste twintig jaren worden opgelegd. Voorheen was dat vijftien jaren (art. 45 lid 3 (oud) Sr). Voor deze verhogingen van sanctienormen bestaat geen grond. De straf die ten hoogste kan worden opgelegd voor het voltooid delict is immers niet veranderd. Daarenboven is een verhoging van sanctienormen ook strijdig met het doel dat de indieners van het amendement daarmee, naar eigen zeggen, nastreefden.

Voor de toepassing van de WTM heeft deze verhoging van sanctienormen een onaanvaardbaar gevolg. Art. 96 lid 2 Sr verhoudt zich tot art. 46 Sr als een specialis. Wanneer een gedraging zowel als voorbereiding in de zin van art. 46 Sr als in de zin van art. 96 lid 2 Sr kan worden aangemerkt, komt alleen die laatste bepaling voor toepassing in aanmerking. Dat brengt mee dat voor de meeste (uitgezonderd zijn voorbereidingshandelingen in de zin van art. 46 Sr die niet binnen het bereik van art. 96 lid 2 Sr kunnen worden gebracht) voorbereidingshandelingen in de zin van art. 46 Sr ten aanzien van terroristische misdrijven die met levenslange gevangenisstraf worden bedreigd art. 96 lid 2 Sr wordt toegepast. Die bepaling kent evenwel een sanctienorm van 'slechts' tien jaren. Praktisch betekent dit dat voorbereiding van een terroristisch misdrijf waarop levenslange gevangenisstraf is gesteld met een derde minder straf wordt bedreigd dan voorbereiding van een gewoon misdrijf. Hetzelfde probleem geldt ten aanzien van de misdrijven uit de eerste Titels van het Wetboek van Strafrecht waartoe de gedragingen van art. 96 lid 2 Sr reeds strafbaar waren.

Dit gevolg van de Wet herijking strafmaxima lijkt niet anders dan uit slordigheid verklaard te kunnen worden. Van een bewuste keuze kan eenvoudigweg geen sprake geweest zijn. De meest juiste oplossing voor dit probleem zou zijn de sanctienormen van art. 45 lid 3 Sr en art. 46 lid 3 Sr terug te verlagen naar die van voor de inwerking-treding van de Wet herijking strafmaxima.

### 7.2.3 De Hoofdstukken 4 en 5

In de hoofdstukken 4 en 5 is de eerste helft van de derde onderzoeksvraag (*Hoe verhoudt de strafverhoging van de Wet terroristische misdrijven zich tot eerdere strafbaarstellingen van terrorisme?*) beantwoord.

Terrorisme was reeds voor 11 september 2001 een voorwerp van aanhoudende zorg voor de wereldgemeenschap. Ook voor westerse samenlevingen, waaronder de Nederlandse, was terrorisme geenszins nieuw.

In de eerste Titels van het Tweede Boek van het WvSr zijn tal van misdrijven strafbaar gesteld die als terrorisme avant la lettre kunnen worden aangemerkt. Die misdrijven maken inbreuk op precies dezelfde belangen als die de WTM probeert te beschermen. De sanctienormen van die misdrijven zijn afgestemd op de gruwelen van de tweede wereldoorlog.

Tevens zijn vanaf het begin van de zeventigerjaren van de twintigste eeuw tal van verdragen tot stand gekomen die verplichten tot strafbaarstelling van allerlei terroristische misdrijven en die ertoe verplichten passende sancties op die misdrijven te stellen. Nederland heeft al deze verdragen geratificeerd en geïmplementeerd.

Vastgesteld moet derhalve worden dat het Nederlandse strafrecht voor de inwerking-treding van de WTM reeds strafbepalingen kende die op de bestrijding van terrorisme waren gericht. Naar de mening van de wetgever waren die bepalingen ten tijde van de vaststelling ervan ook voldoende streng voor de bestrijding van terrorisme.

Nu hebben de aanslagen van 11 september 2001 meer indruk gemaakt dan enige andere aanslag daarvoor of daarna dan ook, in ieder geval in de westerse wereld. Dat kan er toe hebben geleid of aan hebben bijgedragen dat de strafdreiging van (bepaalde) misdrijven niet langer toereikend wordt geacht in het verband van het internationaal terrorisme. Dat voor strafverhoging geen ruimte zou bestaan kan derhalve niet zonder meer worden gesteld. Ook voor misdrijven waarvan de sanctienorm reeds op terroristisch geweld was afgestemd, kan, mits daartoe gronden aanwezig zijn, strafverhoging plaatsvinden. Toch heeft het er alle schijn van dat de wetgever helemaal niet stilgestaan heeft bij het feit dat verschillende sanctienormen reeds op de bestrijding van terrorisme waren afgesteld.

Nergens wordt enige motivering gegeven over enige strafverhoging. Die motivering wordt kennelijk geacht gelegen te zijn dat het bij de WTM gaat om 'terrorisme'. Ten aanzien van de strafbepalingen waarmee de verdragen zijn geïmplementeerd volstaat deze motivering vanzelfsprekend niet. Ten aanzien van verschillende van die strafbepalingen, bijvoorbeeld geweld tegen diplomaten, kan in de gebeurtenissen van 11 september 2001 ook helemaal geen motivering voor strafverhoging worden gevonden. Ook de omvang van de strafverhoging rechtvaardigt geenszins het flauwste vermoeden dat de wetgever zich rekenschap heeft gegeven van het feit dat verschillende sanctienormen reeds waren afgestemd op de gevaren van internationaal terrorisme. De verhoging van sanctienormen zou dan verschillend hebben moeten zijn voor de misdrijven waarvan de sanctienormen (reeds) wel en die waarvan de sanctienormen (nog) niet op het feit dat het misdrijf als terroristisch feit kan worden gepleegd waren afgestemd. Als gezegd heeft de strafmaximumverhoging van veruit de meeste terroristische misdrijven gestandaardiseerd (als technisch kunstje) plaatsgevonden. Dat duidt erop dat de wetgever zich nergens rekenschap heeft gegeven van het feit dat sommige sanctienormen reeds op een vorm van terrorisme waren afgestemd.

Noodzakelijk gevolg daarvan is dat bij die bepalingen de strafwaardigheid van terrorisme meer dan eens in de sanctienorm is verdisconteerd (doublures binnen strafbaarstellingen). Ook in dit opzicht kan de wetgever ten aanzien van de WTM slordig genoemd worden. Uiteraard is dit het meest problematisch waar het betreffende misdrijf (in de meest gekwalificeerde variant) reeds als terroristisch feit met vijftien jaren gevangenisstraf werd bedreigd. De verhoging van de sanctienorm tot levenslange gevangenisstraf is dan immers (mogelijk) op helemaal niets gebaseerd terwijl dit juist de grootste denkbare strafverhoging is. Dit is onder meer het geval bij de misdrijven van de art. 385b en 385d Sr.



Het terroristisch oogmerk vindt zijn oorsprong in de jarenlange ontwikkeling van een definitie van terrorisme zoals die binnen de Verenigde Naties heeft plaatsgevonden.

In een aantal gevallen bevatten de delictsomschrijvingen van eerdere strafbaarstellingen van bepaalde terroristische daden een bestanddeel dat nauw verwant is aan het terroristisch oogmerk. Bij het toevoegen van het terroristisch oogmerk aan die strafbaarstellingen werd de wetgever met een probleem geconfronteerd. Er ontstaat bij de strafbaarstelling als terroristisch misdrijf dan een soort dubbele eis van het terroristisch oogmerk. Alleen bij de terroristische gijzeling (art. 282b Sr) lijkt hij zich dit te gerealiseerd te hebben. De wijze waarop hij het probleem daar heeft opgelost is onjuist. Art. 282b Sr is een gekwalificeerde variant van de vrijheidsberoving van art. 282 Sr. De sanctienorm van art. 282b Sr is vastgesteld door de uitgangspunten van strafverhoging van de WTM toe te passen op de gijzeling van art. 282a Sr die ook een gekwalificeerde variant van art. 282 Sr is. Dit is niet juist omdat art. 282b Sr niet noodzakelijkerwijs alle bestanddelen van art. 282a Sr bevat. Daarnaast ontstaat een verborgen doublure omdat de sanctienorm van art. 282a Sr reeds was vastgesteld ter bestrijding van de terroristische gijzeling.

Bij de strafbepalingen uit de eerste Titels van het Tweede Boek van het WvSr waar reeds (de verwezenlijking van) een variant van het terroristisch oogmerk in de delictsomschrijving was neergelegd heeft de wetgever geen blijk gegeven van enig besef van de problemen die dat meebrengt. Daardoor is ook niet duidelijk hoe de wetgever die bepalingen toegepast wil zien. Om redenen van consistentie en een toepassing van strafbepalingen die het meest conform de wil van de wetgever lijkt, wordt in dit onderzoek de (wetstechnisch en wetsystematisch strikt genomen onjuiste) stelling betrokken dat de invulling van het terroristisch oogmerk in die gevallen het beste plaats kan vinden door het terroristisch oogmerk in te vullen als het oogmerk om het door de vervulling van de delictsomschrijving verwezenlijkte doel (dat met het terroristisch oogmerk verwantschap vertoont) te bewerkstelligen. Bevredegend is deze situatie althans.

#### 7.2.4 Hoofdstuk 6

Het tweede gedeelte van de derde onderzoeksvraag (*welke straf kan feitelijk voor terroristische misdrijven worden opgelegd wanneer het complex van gedragingen waaruit de uitvoering van een enkele aanslag of actie bestaat of zelfs een enkele gedraging als meerdere terroristische misdrijven kan worden gekwalificeerd?*) is beantwoord in hoofdstuk 6.

De samenloopregeling, en met name de rechtspraak van de Hoge Raad daarover, brengt mee dat in het Nederlandse strafrecht relatief vaak strafcumulatie plaats kan vinden omdat een enkele gedraging onder meerdere strafbepalingen kan worden gebracht die elkanders toepasselijkheid niet uitsluiten. In verband met de WTM is met name de gelijktijdige toepasselijkheid van doleuse geweldsmisdrijven en gemeengevaarlijke misdrijven van belang waarbij opmerking verdient dat opzet in het Nederlandse strafrecht een erg ruim bereik kent met name als het gaat om daden van geweld. De meerdaadse samenloop speelt ook een voornamelijk rol bij de deelneming aan een criminele of terroristische organisatie. Vanwege de eigen strekking van de art. 140 en 140a Sr als misdrijven tegen de openbare orde zal bij gelijktijdige toepasselijkheid van (één van) deze bepalingen en (deelneming aan, samenspanning tot, voorbereiding van of poging tot)

één van de misdrijven waar het oogmerk van de organisatie op ziet sprake zijn van meerdadse samenloop. Met name wanneer achter de toepassing van verschillende strafbepalingen (in materiële zin) hetzelfde verwijt schuil gaat, lijkt dit niet altijd redelijk.

Om die reden zou meer aansluiting gezocht moeten worden bij de eenheid van tijd, handelen en schuld. Ook het object waartegen het misdrijf zich richt zou een rol moeten spelen. In algemene zin zou dat meebrengen dat een gedraging niet zou moeten kunnen worden bestraft in verband met meerdere strafbepalingen voor zover zij hetzelfde rechtsgoed ten aanzien van hetzelfde object beschermen. Bestrafing wegens doodslag en brandstichting waarvan levensgevaar voor een ander te duchten is (en die de dood ten gevolge heeft), is dan misplaatst voor zover slechts gevaar voor het leven van het slachtoffer van de doodslag te duchten is. Praktisch gevolg van deze benadering in verband met de WTM is dat dan ook de strafverhoging in verband met de aanwezigheid van het terroristisch oogmerk niet twee keer op hetzelfde kan worden toegepast.

Voor de samenloop van misdrijven die hetzelfde rechtsbelang beschermen als achter het terroristisch oogmerk schuilgaat en die op bestanddeelniveau ook een equivalent van het terroristisch oogmerk kennen en andere terroristische misdrijven, volstaat deze oplossing niet. Om die reden zou voor samenloopsituaties waarin een misdrijf dat op bestanddeelniveau een equivalent van het terroristisch oogmerk kent betrokken is, moeten gelden dat dezelfde variant van het terroristisch oogmerk slechts voor het misdrijf dat de hoogste sanctienorm kent strafverhogend mag werken. Indien de dader met meerdere varianten van het terroristisch oogmerk handelde (bijvoorbeeld zowel met het oogmerk *om de bevolking of een deel der bevolking van een land ernstige vrees aan te jagen* als het oogmerk *om een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden*) kan wel sprake zijn van strafcumulatie als bedoeld in art. 57 lid 2 Sr in verband met meerdadse samenloop.

Hoe men over de meerdadse samenloop in dergelijke situaties denken wil, vastgesteld moet worden dat de wetgever zich bij het vaststellen van de sanctienormen voor terroristische misdrijven geen enkele rekenschap heeft gegeven van samenloopkwesies en geen enkele blijk heeft gegeven van het geringste besef van de werkelijke strafpositie van bepaalde gedragingen.

### 7.3 Conclusie

Belangrijkste conclusie van dit onderzoek is dat de aan de WTM ten grondslag liggende uitgangspunten in beginsel juist (althans verdedigbaar zijn) zijn. Dat een bepaald bijkomend oogmerk tot strafmaximumverhoging kan leiden, is niets nieuws. Dat bij een hogere sanctienorm ook andere vormen van strafbaarheid passen, is evenmin nieuw. Met name bij de misdrijven tegen (het voortbestaan of functioneren van) de staat bestaat al sedert de inwerkingtreding van het Wetboek strafbaarheid van gedragingen die ten aanzien van andere misdrijven niet toelaatbaar wordt geacht. Eerst betrof het daarbij alleen de samenspanning, later kwam daar ook de voorbereiding van art. 96 lid 2 Sr bij. Dat terroristische misdrijven met een hogere straf worden bedreigd dan gewone misdrijven is derhalve niet misplaatst. Dat bij de ernstiger terroristische misdrijven uitbreiding is gegeven aan de strafbaarheid ervan evenmin.

De wijze waarop de wetgever aan die uitgangspunten uitvoering heeft gegeven past evenwel niet steeds even goed in het strafrechtelijk systeem en is vaak slordig. Tot leemten of hiaten leidt dit niet tenzij men de verhouding tussen art. 46 en art. 96 lid 2 Sr als zodanig aanmerken wil. Het gaat veel meer om overkill. Zo is ten onrechte verzuimd in de beschrijving van het terroristisch misdrijf een objectief equivalent van het terroristisch oogmerk op te nemen en is het terroristisch oogmerk ruim en niet zeer duidelijk geformuleerd. Met name die combinatie laat het gevaar dat veroordelingen wegens terroristisch misdrijf ook in geval van een uit de hand gelopen demonstratie plaats zou kunnen vinden. Daarenboven is de strafbaarheid te veel uitgebreid. De strafbaarheid van samenspanning en voorbereiding als bedoeld in art. 96 lid 2 Sr beperkt zich niet tot terroristische misdrijven die naar hun aard de staat of samenleving in gevaar brengen. Door het technocratische karakter van de WTM en het bestaan van oudere antiterreurverdragen met daarop gebaseerde implementatiewetgeving zijn er te veel doublures binnen strafbaarstellingen. De strafverhogingen van de WTM zijn in het licht van het systeem van het materiële strafrecht reeds om die reden te hoog.

Daarenboven hebben veel leerstukken en delictsbestanddelen in het Nederlands strafrecht een zeer ruim bereik. Die effecten (kunnen) cumuleren. Betrekkelijk geringe uitbreidingen kunnen in onderling verband een onwenselijk sterke uitbreiding van strafbaarheid in zowel kwalitatieve als kwantitatieve zin bewerkstelligen. De Nederlandse strafwetgeving ter bestrijding van terrorisme heeft op dat gebied de afgelopen honderdentwintig jaren een duidelijke ontwikkeling doorgemaakt. Dat die ontwikkeling ten einde is, lijkt niet waarschijnlijk nu sedert de inwerkingtreding van de WTM reeds twee nieuwe verdragen<sup>2</sup> tot stand gekomen zijn die ter voorkoming en bestrijding van terrorisme allerlei verplichtingen tot strafbaarstelling behelzen.

---

<sup>2</sup> Internationaal Verdrag ter bestrijding van daden van nucleair terrorisme; New York, 13 april 2005, Trb. 2005, 290; Europees Verdrag ter voorkoming van terrorisme; Warschau, 16 mei 2005, Trb. 2006, 34.



## 7 Summary and conclusion

This summary of the most important results of this study is set up by answering the different questions in which this study's theses consists (7.2). The preceding chapters' most important findings can be presented adequately and orderly by answering the theses. The three questions of which the theses consists will therefore be presented first (7.1). The current chapter will end with a short conclusion (7.3).

### 7.1 Back to the theses

In chapter 1 answering the following three questions was presented as goal of the current research.

*What is the meaning of the terrorist offence, the terrorist intent and the increase of custodial penalties of the Terrorist offences act from a criminal law perspective and how do they fit in the system of Dutch criminal law?*

*How does the Terrorist offences act extend punishability for terrorist offences and how should these extensions be appreciated from a criminal law perspective?*

*In which way does the terrorist offences act relate to prior penalizations of terrorism and what is the sentence that can actually be imposed for terrorist offences when a single attack consists of several acts or when a single act constitutes several terrorist offences?*

### 7.2 Summary

This summary contains the most important findings of each chapter.

#### 7.2.1 Chapter 2

The first question of the theses (*What is the meaning of the terrorist offence, the terrorist intent and the increase of custodial penalties of the Terrorist offences act from a criminal law perspective and how do they fit in the system of Dutch criminal law?*) was answered in chapter 2.

##### 7.2.1.1 The terroristisch misdrijf

The coming into force of the *Wet terroristische misdrijven* (the terrorist offences act; hereafter WTM) introduced the concepts *terroristisch misdrijf* en *terroristisch oogmerk* (terrorist offence and terrorist intent) into Dutch criminal law. Certain offences are terrorist offences when they are committed with terrorist intent. The WTM provides for *strafverhoging* (increase of custodial penalties) for *terroristische misdrijven*.

The WTM seems to provide insufficient safeguards to make sure that political activists are not punishable for committing *terroristische misdrijven*. Of course, by definition no one should be excluded from application of the WTM. The fact that anti-terrorism laws might be applicable when during a political demonstration offences are committed that in no way what so ever really threaten society is unacceptable. Two causes are responsible for the possible applicability of the WTM in such cases. First of all not all *terroristische misdrijven* are serious in the sense that they are by nature intended to cause death or destruction. Lesser crimes can be *terroristische misdrijven* as well. This, by the way, is stipulated by the Framework Decision. In the Framework Decision this fault is compensated by the requirement that the offence, *given (it's) nature or context, may seri-*

ously damage a country or an international organization. The WTM, and that's the second cause, doesn't require the offence to meet this demand to fit the description of *terroristisch misdrijf*.

The maximum penalty for the offences that really matter in serious cases of international terrorism are, by the way, not raised at all. Crimes like murder (art. 289 Criminal Code; hereafter Sr), intentionally causing an explosion resulting in casualties (art. 157 Sr) or intentionally destroying a building resulting in casualties (art. 170 Sr) Dutch criminal provided the possibility of the highest possible sentence (life-long imprisonment) already before the drafting of the WTM.

### 7.2.1.2 The *terroristisch oogmerk*

The demand that the compelling of government where the second aim of the *terroristisch oogmerk* is directed at must be unlawfully (*onrechtmatig*) was added to the draft in a latter stage exactly to make sure that demonstrators and activists were not convicted for a *terroristisch misdrijf* when they would happen to commit an offence in order to force the government to listen to their demands that as such are not completely unreasonable or absurd. Inserting unlawfully in the text of art. 83a Sr will not have that effect.

Furthermore, quite a lot of uncertainty exists on the reach of the *terroristisch oogmerk*. It's not quite clear how large the part of the population must be to meet the requirements of art. 83a Sr. Neither is fully obvious who under which circumstances can be regarded as government and which standards must be met to establish the aim to compel. The exact meaning of the *political, constitutional, economic or social structures of a country or an international organization* and what determines whether these structures are fundamental (or not) remains uncertain as well. It's exactly such a broad and vague description that poses a risk of the reach of the WTM becoming too broad.

In Dutch criminal law the motive which the offence was committed with does not and should not play a role on the level of the description of the offence. Because of that feature of Dutch criminal law the question was answered whether or not the *terroristisch oogmerk* should be qualified as a motive. This question was answered negatively. Nonetheless it seemed that the link between the *terroristisch oogmerk* and the criminal act that is committed with the *terroristisch oogmerk* is sometimes very weak. Unfortunately art. 83 Sr does not compensate this weak link by means of an objective equivalent of the *terroristisch oogmerk*. In such instances the danger exists that the judge doesn't infer the presence of the *terroristisch oogmerk* from the act (that possibly isn't or even can't be committed with the *terroristisch oogmerk*) but from the accused's general perception of and vision on society. This would create the danger of a criminal law of thoughts instead of one of acts while the motive was banned from Dutch criminal law in order to prevent that people would be convicted for their beliefs and thoughts instead of their acts. This problem appears to be more prominent in instances where the *terroristisch oogmerk* is a condition for punishability (component of the description of the offence) instead of an aggravating circumstance (qualifying circumstance). The cases one must think of are so hypothetical that problems will probably never rise in practice. Nonetheless, there is a need for a stronger link between the offence and the *terroristisch oogmerk*. The legislator would have strengthened the link between the offence and the *terroristisch oogmerk* substantially if he had copied the demand from the Framework

Decision that the offence *given (it's) nature or context, may seriously damage a country or an international organization*. Because of the weak link between the offence and the *terroristisch oogmerk* it was argued that offences such as art. 79 KEW (nuclear energy Act) should only be punishable as a preparatory act.

### 7.2.1.3 The strafverhoging

The WTM basic system determines that the maximum penalty for an offence is increased with 50% when the offence is committed with a *terroristisch oogmerk*. When the maximum penalty is fifteen years imprisonment the offence can be punished with a life sentence when it is committed with a *terroristisch oogmerk*.

The WTM's system of *strafverhoging* is not an obvious one. Traditionally the general aggravating circumstances enumerated in art. 10 paragraph 3 (to which enumeration the *terroristisch misdrijf* is added) create the possibility for the judge to impose a penalty one third higher. These circumstances do not provide the possibility of raising a certain temporary penalty to a lifetime in prison. The circumstances that raise a maximum penalty with half or raise a temporary custodial penalty to a the possibility of a life sentence known to Dutch criminal law are more limited, clearer and laid down in specific penal provisions. The suspicion arises that the WTM is little more than a technical legal trick. The penalty that is set on most *terroristische misdrijven* is not the result of deliberations on how much time in prison would fit the offence but of a mathematical formula although it must be admitted that in some instances the legislator provided for apart penal provisions containing their own maximum penalty.

Especially the automatic increase of the maximum of fifteen years imprisonment to the possibility of imposing a life sentence has certain problematic aspects. A feature that should be mentioned here is the fact that this increase diverges from the WTM's own system of an increase of the maximum penalty of half (which system diverges from the system for (other) general aggravating circumstances based on an increase of one third). It should be noted that at the time the WTM was drafted Dutch criminal law did not provide for the possibility of raising a maximum of fifteen years imprisonment with half. The legislator had to choose between either life or twenty years imprisonment (an increase of one third) as the maximum for these offences if they are committed with a *terroristisch oogmerk*.

After the coming into force of the WTM the maximum length of the temporary imprisonment has been elongated from twenty to thirty years by the entering into force of the *Wet herijking strafmaxima* (the recalibration of maximum penalties Act). The proposal to this elongation was added to the bill by an amendment. Again this showed sloppiness. Early versions of the amendment neglected the existence of *terroristische misdrijven* for which a life sentence can be imposed. Only in revised version such-and-such the maximum length of the temporary imprisonment for *terroristische misdrijven* for which a life sentence can be imposed was elongated to thirty years. The amendment was, according to the members of parliament proposing it, explicitly not intended to make judges impose longer sentences but, on the contrary, to provide the judge with better alternatives for the life sentence.

Because the *Wet herijking strafmaxima* introduces the possibility to impose temporary sentences up to thirty years also for (terrorist) offences for which a life sentence can not be imposed the entering into force of this Act ends the foresaid impossibility. For terrorist offences for which fifteen years imprisonment can be imposed when they are committed without a *terroristisch oogmerk* the maximum penalty should, corresponding the WTM's basic system, be determined at twenty-two and a half years imprisonment.

Imprisonment for life should, as the ultimate penalty in Dutch criminal law, be reserved for crimes the exceptional gravity of which can justify this penalty. Determining this maximum penalty should take place separately for each very serious crime and not by way of general aggravating circumstances. Apparently the legislator found that the impossibility to imply the WTM's basic system consistently was sufficient ground to to diverge from this starting-point. When this impossibility then ceases to exist there is, irrespective of the soundness of this ground in the first place, no longer any ground for keeping this general aggravating circumstances as ground for raising a temporary to a life time imprisonment. Each *terroristisch misdrijf* should have been judged on his own merits and gravity in order to reach a true recalibration of maximum penalties. Whether this is the result of sloppiness or a deliberate choice can not be determined with certainty. Like the WTM de *Wet herijking strafmaxima* seems little more than a technical legal trick. This kind of legislation implies that the legislator is seriously neglecting his responsibilities.

For different *terroristische misdrijven* the WTM provides a much higher increase than this system determines. Striking examples are the articles 140a and 282b Sr. In these instances the legislator deliberately chose to diverge from the WTM's basic system. Apparently he deemed the standard *strafverhoging* insufficient.

Regarding art. 140a Sr this was only logical. The Framework Decision obliges the EU member states to set a higher minimal maximum penalty for *offences relating to a terrorist group* than the maximum penalty for art. 140 Sr increased with 50% would have resulted in. As such no objections exist against such divergences as long as they are thought through properly and motivated soundly.

In respect to art. 282b Sr the legislator deviated from the WTM's basic system without providing sufficient motivation for doing so. Art. 282b Sr actually contains the description of kidnapping (art. 282 Sr) committed with a *terroristisch oogmerk*. The increase of the maximum penalty with 50% has been applied in respect to hostage taking (art. 282a Sr). That offence in itself is a qualified form of kidnapping. Since the description of the offence of art. 282b doesn't contain all the components of the description of the offence of art. 282a the increase of the maximum penalty should not have been applied in respect to this latter offence. Chapter 5 showed that art. 282a Sr was drafted to combat international terrorism. Materially this means that art. 282b Sr contains a *doublure*. Formally the maximum penalty for the offence of art. 282b Sr deviates from the WTM's basic system.



### 7.2.2 Chapter 3

The second question of the theses (*How does the Terrorist offences act extend punishability for terrorist offences and how should these extensions be appreciated from a criminal law perspective?*) was answered in chapter 3.

#### 7.2.2.1 The acceptability of extraordinary forms of culpability and punishability in general

For the ‘most severe *terroristische misdrijven*’ the WTM provided for the penalization of conspiracy (in the sense of art. 80 and 96 paragraph 1 Sr) and preparatory and furthering acts in the sense of art. 96 paragraph 2 Sr.

The fact that the law provides a higher penalty for serious offences that are or will be committed with an intention that is threatening to society as a whole then for the same offences that are or will be committed without such an intention is nothing new. The first chapters of the Dutch criminal code have been providing such penalties for such offences since the code came in to force. That certain acts in relation to such offences of which the punishment in relation to other offences is deemed to be impermissible are penalized is both logical and justified.

This is true first of all in relation to the *uitbreiding van strafbaarheid* in time. According to Dutch law the possibility to impose a penalty exists with regard to these offences at the moment two people seriously agree on committing the offence. The conspiracy hardly consists of an act. Conspiracy is merely making intentions, wishes or desires known to another human being. Often no other act is concerned than the speaking of certain words. Unlike verbal offences like insult no one is hurt and unlike verbal offences like public incitement there’s no direct threat to the public order. For these reasons punishability of conspiracy to commit an offence in general is considered to be in conflict with fundamental values of Dutch criminal law.

The offences to which the conspiracy traditionally has been punishable in Dutch criminal law differ from the ‘common’ offences for which these fundamental values fully must apply. The most serious ‘common’ crime that can be committed by anyone against anyone (the punishability of which, in other words, is justified by the act itself) without much doubt must be murder (art. 289 Sr). No matter how punishable and regrettable a murder may be in itself it won’t affect the existence or functioning of society. Society (as a whole; this can of course be different for certain members) can easily bear the loss. The offences to which conspiracy to commit them has traditionally been punishable may result in damage or losses society isn’t able to bear. As a logical result society can not limit itself to punishing these crimes after they have been committed. Making punishability in respect to these offence dependent on an actual attempt to commit the offence (for which Dutch criminal requires the committing to have been started) can be very risky.

The acts that have been included in the descriptions of the offences are often made punishable as ‘common’ offence as well. Murder is an example of such an act. To the description of the ‘common’ offence components have been added that represent certain dangers society possibly can not bear. The legislator tries to ensure in this way that conspiracy to commit the offence and certain preparatory acts are only punishable in

relation to offences that could really threaten society. The system of substantive criminal law provides ground for this approach. Punishability of the other *onvolkomen delictvormen* (punishable acts in advance of the real crime, of which the punishability is derived from the punishability of the real crime that is still to be committed or completed) is deemed to be more acceptable as well when the offence the punishability of the act is derived from is a heavier one. The attempt to commit an offence is only punishable when the offence is a criminal offence not when it's a minor offence. The preparation of art. 46 Sr is only punishable when the offence that is being prepared is punishable with a custodial sentence of eight years or more.

Secondly, this concerns contributions to these offences that, irrespective of their distance in time to the (intended) real crime, as a rule are considered to be of too little relevance to that crime to justify punishability. This particularly concerns the so called furthering acts of art. 96 paragraph 2 Sr. Most of these contributions to the crime come in advance of the crime of which their punishability is derived as well.

In some cases it is nonetheless very conceivable that the contribution (in part) takes place simultaneously with the crime itself. It's also possible that the contribution precedes the crime in a way that the Code in another place (for example art. 47 Sr) considers to be a form of committing the crime. In these cases the contribution either doesn't precede the crime or the fact that it does, is of no relevance for its punishability. The *uitbreiding van strafbaarheid* of art. 96 paragraph 2 Sr is not as much concerned with the moment of the contribution as it is with its relevance for the committing of the crime. That relevance is always a lesser one than that of the contributions mentioned in the articles 46a, 47 or 48 Sr since art. 96 paragraph 2 Sr will only be applicable if the act doesn't constitute a contribution as mentioned in those stipulations.

Again it seems fully justified to set lower demands for the punishability of contributions to offences as to the importance of these contributions for the offence as the offences become graver. Again, as in the case of the contributions that precede the offence, the system of Dutch substantive criminal law already acknowledges this. The punishability of other *deelnemingsvormen* (punishable acts prior to or simultaneously with the real crime that contribute to the committing of that crime of which the punishability of that act is derived) is deemed to be more suitable as the crimes to which they contribute get more serious. Committing, co-perpetrating, causing the perpetration and provocation of the perpetration of all offences is punishable. The attempted provocation and acting as an accomplice is only punishable in respect of a criminal offence not in respect of a lesser offence.

The dangers that threaten (the functioning or existence of) a society as a whole can obviously change in the course of time. In the days of the drafting of the traditional penalizations of conspiracy (second half nineteenth century) and (to a lesser extent) preparatory acts (first half twentieth century) the legislator could not possibly imagine the dangers of weapons of mass destruction.<sup>1</sup> The large-scale usage of such weapons can obviously threaten (the functioning or even the existence of) a society in a serious way.

---

<sup>1</sup> During the First World War the world learned about the devastating capacities of mustard-gas.

### 7.2.2.2 Extraordinary forms of culpability and punishability in the WTM

With the *terroristisch oogmerk* the legislator tried to fill in the dangers that society possibly can not bear as well. Large-scale all-destroying attacks can seriously harm a society. When such an attack leads to a consequence the intention to which can be qualified as a *terroristisch oogmerk* that society is threatened in a way that's not (always) less threatening than when one of the offences from one of the first chapters of the second book of the Dutch criminal code is committed. It's therefore fully justified that *uitbreiding van strafbaarheid* has taken place for very grave *terroristische misdrijven*.

The WTM's system in that respect, penalization of conspiracy to commit and of preparatory acts related to all *terroristische misdrijven* for which a life-sentence can be imposed is, as a departing point, very broad. This is especially true since the *terroristische misdrijven* for which a life-sentence can only be imposed when an aggravating result which was not a part of the conspiracy occurs are included. Moreover, the legislator seems to have been somewhat inaccurately in implying his own principle.

The willful infliction of damage to an aircraft not in service which is likely to endanger the safety of aviation and which results in casualties can be sentenced with lifetime imprisonment when the offence is committed with a *terroristisch oogmerk* (articles 162a sub 2 and 176a Sr). Nevertheless conspiracy to inflict damage on an aircraft which is likely to endanger the safety of aviation with a *terroristisch oogmerk* is not punishable. Inaccuracy also seems to be the reason that the legislator has provided for punishability of conspiracy to and preparation of offences parts of offences for which a life sentence can never be imposed in some instances and not in other instances.

### 7.2.2.3 The acceptability of extraordinary forms of culpability and punishability in the WTM

Because of the broad and vague description of the *terroristisch oogmerk*, the large quantity of offences for which a life-sentence can be imposed that do not belong to the most serious of *terroristische misdrijven* and the absence of an objective equivalent of the *terroristisch oogmerk* the conclusion seems inevitable that a more limited departing point should have been chosen. Three conditions that should always be met have been formulated. *Uitbreiding van strafbaarheid* in the sense of art. 96 Sr should have been restricted to offences for which a life sentence can be imposed if they are committed without a *terroristisch oogmerk* (1), for which a life sentence can be imposed regardless of aggravating circumstances (2) and that *given (it's) nature or context, may seriously damage a country or an international organization* (3).

Moreover, it should be guaranteed that, different from the minister of justice's opinion, no further extension of punishability takes place by considering the attempt to or preparation (in the sense of art. 46 Sr) conspiracy or preparation (in the sense of art. 96 paragraph 2 Sr) punishable as well. Finally there should be repent-regulation like the German criminal code and the Dutch military criminal code contain for the punishable conspiracy. A consequence of the principles of the WTM for the penalization of conspiracy and preparatory and furthering acts and of the penalty set therefore is that in some cases these acts can be more severely sentenced than the attempt to the same *terroristisch misdrijf*. This, off course, is not acceptable.

The entering into force of the *Wet herijking strafmaxima* has raised the maximum penalties for attempt and preparatory acts (in the sense of art. 46 Sr) in respect of offences for which a life sentence can be imposed. According to article 46 paragraph 3 (new) Sr those preparatory acts can be punished with imprisonment up to fifteen years. Before the entering into force of the *Wet herijking strafmaxima* the maximum penalty for these acts was ten years imprisonment (art. 46 paragraph 3 (old) Sr). According to art. 45 paragraph 3 (new) Sr the attempt to commit a crime for which a life sentence can be imposed can be punished with twenty years imprisonment. Before this was fifteen years (art. 45 paragraph 3 (old) Sr). There is no ground for these raises of the maximum term of imprisonment. After all, the maximum penalty that can be imposed for the offence when completed didn't change. Furthermore raising these penalties conflicts with the purpose the proposing members claimed to pursue with their amendment.

For the application of the WTM this raise has an unacceptable consequence. Art. 96 paragraph 2 relates to art. 46 Sr as a special penal provision to a general one. If a single act constitutes a preparatory act in the sense of art. 46 Sr as well as in the sense of 96 paragraph 2 Sr only the latter provision is applicable. As a consequence in case of terroristische misdrijven for which a life sentence can be imposed for most (excluded are preparatory acts in the sense of art. 46 Sr that do not qualify as one of the acts summed up in art. 96 paragraph 2 Sr) preparatory acts described in art. 46 Sr art. 96 paragraph 2 Sr must be applied. The maximum penalty for the preparatory and furthering acts of art. 96 paragraph 2 Sr is however 'only' ten years imprisonment. Practical consequence hereof is that the preparation of a common crime for which a life sentence can be imposed can be punished more severe than the *terroristisch misdrijf* for which a life sentence can be imposed. The unacceptability thereof becomes especially clear if one compares the penalties that can be imposed for the same crime with and without a *terroristisch oogmerk*. For preparing a common murder fifteen years imprisonment can be imposed, for preparing a terrorist murder ten. This same problem exists towards the offences of the first chapters of the second book of the Dutch criminal code for which the acts of art. 96 paragraph 2 Sr were already punishable before the WTM came into force.

For this consequence of the *Wet herijking strafmaxima* there seems to be no other explanation then sloppiness. The possibility of a deliberate choice can be ruled out. The most correct solution to this problem would be to bring the maximum penalties for the provisions of the articles 45 paragraph 3 and 46 paragraph 3 back to the level they had before the *Wet herijking strafmaxima* entered into force.

### 7.2.3 Chapters 4 and 5

The first half of the third question of which the theses consists (*In which way does the terrorist offences act relate to prior penalizations of terrorism?*) has been answered in the chapters 4 and 5.

Terrorism was a matter of great concern to the world community long before the attacks of September 11 2001. Terrorism was not a new phenomenon, not even to Western governments like the Dutch. Since the early seventies numerous treaties have been concluded that contain the obligation to penalize all sorts of terrorist acts and to set appropriate penalties that take the grave nature of these acts into account. The

Netherlands have ratified and implemented all these treaties. That implementation was hardly ever perfect. Furthermore the first chapters of the second book of the Dutch criminal code penalized numerous acts that can be qualified as terrorist acts before the term was put in to use. These acts threaten the exact same interests as the WTM tries to protect. The penalties that can be imposed for these offences were set as a reaction to the horrors of the Second World War.

It must therefore be established that Dutch criminal law contained numerous penal provisions directed at the prevention and punishment of terrorist acts before the WTM came into force. To the legislator's opinion the penalties set for these offences were sufficient severe to combat terrorism.

The September 11 2001 attacks undoubtedly made a deeper impression than any other terrorist act before or after, in the Western world anyway. It is therefore conceivable that these attacks have lead or contributed to the view that the old penalties for terrorist acts no longer suffice. It can therefore not be maintained that there was no room at all for increasing the penalties set on terrorist acts any further. If specific grounds that indicate that the old penalties don't meet the modern standard of criminal law and counter-terrorism can be found the penalties set on terrorist acts can be increased for reasons concerning terrorism. Nevertheless all seems to indicate that the legislator never spent a single thought on the fact that certain penal provisions (and their penalties) were specifically drafted to combat terrorism. At no stage in the legislative process any explanation is given for the need to further increase the penalties for these acts. Apparently the legislator was under the impression that the fact that the WTM is concerned with 'terrorism' sufficiently justifies the *strafverhoging* for all *terroristische misdrijven*. In respect to the penal provisions through which the treaties were implemented this justification obviously falls short. The events of September 11 2001 can, furthermore, not deliver the justification of the *strafverhoging* for a lot of the said offences (for instance violence against diplomats). The magnitude of the *strafverhoging* also suggests that the legislator has not been aware of the fact that certain penal provisions (and their penalties) were specifically directed at terrorist acts. The increase of penalties should have been of a different magnitude for offences of which the penalty already contained a terrorist element than for offences that lacked every aspect of preventing or punishing terrorism. As mentioned before, the *strafverhoging* of most *terroristische misdrijven* has been standard (like a purely technical operation). The standard *strafverhoging* provides no opportunity whatsoever to take the fact that terrorism might already be negotiated in certain penalties into account. As a consequence in determining the penalties for certain *terroristische misdrijven* the legislator raised penalties for aggravating circumstances that were already taken into account in the original penalty. In this respect as well the legislator has been sloppy. This obviously is most problematic with offences that (in their most qualified form) can be punished with fifteen years imprisonment. With these offences the highest possible increase of the magnitude of the penalty is based on a not existing ground. Examples hereof can be found in the articles 385b and 385d Sr.

The *terroristisch oogmerk* originates from the definition of terrorism that developed through many years within the United Nations.

A number of Dutch penal provisions concerning the penalization of certain acts of (international terrorism) contain a component that is closely related to the *terroristisch*

*oogmerk*. When adding the *terroristisch oogmerk* to these provisions the legislator was confronted with a problem. The provision containing the penalization as *terroristisch misdrijf* in a sense requires the presence of the *terroristisch oogmerk* twice. The terrorist hostage-taking (art. 282b Sr) seems to have been the only instance in which the legislator has recognized this problem. The way he solved the problem in that case is incorrect. Art. 282b Sr is a qualified offence of art. 282 Sr. The maximum penalty set for the hostage-taking of art. 282b Sr was determined by implementing the principles of *strafverhoging* of the WTM on the offence of art. 282a Sr, which in itself is a qualified offence of art. 282 Sr. This is incorrect since the description of the offence of art. 282b Sr doesn't necessarily contain all the components of the description of the offence of art. 282a Sr. Furthermore a hidden *doublure* is created since the maximum penalty for the offence of art. 282a Sr was determined to combat international terrorism.

The legislator does not seem to have been aware of the problems he created by adding the *terroristisch oogmerk* to the description of offences of the first chapters of the second book of the Dutch criminal code that already contained (the fulfillment of) a variant of the *terroristisch oogmerk*. It is therefore not clear how these penal provisions should be applied. For reasons of consistency and respecting the legislator's supposed purposes in this book an interpretation is chosen that (strictly speaking, from a technical and systematic point of view) is incorrect. It is argued that the *terroristisch oogmerk* can be filled in by the intent to realize the component of the description of the offence that resembles the *terroristisch oogmerk*. This solution may be best, it's not at all satisfactory.

#### 7.2.4 Chapter 6

The second half of the third question (*What is the sentence that can actually be imposed for terrorist offences when a single attack consists of several acts or when a single act constitutes several terrorist offences?*) was answered in chapter 6.

The WTM's *strafverhoging* is not the only increase of punishability that can be of relevance in determining the true penalty that can be imposed for a certain act. Other aggravating circumstances can be of importance in that respect as well. In this research the way in which Dutch law deals with concurrence of offences has drawn attention specifically. According to Dutch criminal law (and especially the Dutch Supreme Court's case-law) in most cases of an act constituting more than one offence the maximum penalty for that act is set by (limited) accumulation of penalties for the separate offences. In connection with the WTM this especially concerns the concurrence of intentionally violent offences and offences causing a general danger, because the definition of intent in Dutch criminal law is very broad one especially in relation to violent acts. The fact that a single act constitutes several offences of which the penalties can be (limitedly) accumulated also plays a prominent role with the offence of participating in a criminal or terrorist organization. Because of their specific character as offences against the public order concurrence of (the participation in, conspiracy to commit, preparation of or the attempt to) one of these offences and a (terrorist) offence on the commission of which the aim of the organization is directed will (virtually) always mean that (limited) accumulation of penalties is possible. In particular when the application of the different penal provisions (factually) consists of the same reproach this solution doesn't always seem reasonable.

For this reason the unity of time, act and guilt should play a more prominent role. In general this would mean that a single act should not be punished as several crimes in as far the penal provisions concerned aim to protect the same interest in relation to the same object. Sentencing for manslaughter as well as arson which is likely to result in death (and which has actually resulted in death), shouldn't be permitted in as far as the only death which is likely to occur is that of the victim of the manslaughter. Practical consequence of this solution for the WTM is that the *strafverhoging* for the presence of the *terroristisch oogmerk* is only applied once.

For the concurrence of crimes that aim to protect the same interest as the *terroristisch oogmerk* and that contain a component that is closely related to the *terroristisch oogmerk* and other *terroristische misdrijven* this solution is insufficient. In these cases the same *terroristisch oogmerk* should only increase the maximum penalty for the penal provision containing the highest maximum penalty. When the culprit acted with more than a single *terroristisch oogmerk* (for instance with the aim of seriously intimidating a population as well as with the aim of unduly compelling a Government or international organisation to perform or abstain from performing any act) there can be accumulation of penalties in accordance with art. 57 paragraph 2 Sr.

Regardless ones opinion on the accumulation of penalties, it must be determined that the legislator when setting the maximum penalties for *terroristische misdrijven* wasn't aware of the existence of concurrence problems and did not realize which sentence can actually be imposed for *terroristische misdrijven*.

## 7.2 Conclusion

Most important conclusion of the conducted research is that the principles of the WTM are just (or at least defensible). That a certain intention can justify the maximum penalty for certain offences is by no means new to Dutch criminal law. That a higher maximum penalty means that new forms of punishability are deemed appropriate is nothing new either. Especially in case of offences against (the existence or functioning of) the state punishability of acts that are not and should not be punishable in relation to other offences has existed since the entering into force of the Dutch criminal code (1886). At first this only concerned conspiracy to commit these offences, later (1920) the preparatory acts of art. 96 paragraph 2 Sr were added. That *terroristische misdrijven* can be punished with higher penalties than their common equivalents is therefore not inappropriate. Neither is the fact that in case of the most serious *terroristische misdrijven* punishability is extended to contributing acts that are not punishable because of their minor relevance in respect to other offences.

The way in which the legislator has implemented these principles is not always compatible with the system of Dutch criminal law and has often been sloppy. This doesn't lead to gaps in the punishability of *terroristische misdrijven* unless one wants to qualify the relation between art. 46 and art. 96 paragraph 2 Sr as such. The biggest problem seems to be overkill. The legislator unjustly omitted to add an objective equivalent of the *terroristisch oogmerk* in the description of the *terroristisch misdrijf*. The *terroristisch oogmerk* is described very broadly and vaguely. Especially that combination of circumstances creates a danger that convictions for *terroristische misdrijven* might be possible in case a political demonstration (which as such was completely legitimate) gets out of hand. Furthermore the *uitbreiding van strafbaarheid* has been taken too far. The punishability of

conspiracy and the preparatory acts of art. 96 paragraph 2 Sr is not limited to terrorist offences that seriously threaten state and society. The technocratic character of the WTM and the existence of penal provisions through which older anti-terrorism treaties have been implemented have lead to a to large number of *doublures* within penal provisions. The implementation of these older anti-terrorism treaties has quite often been quite sloppy as well. The *strafverhogingen* of the WTM have been, in the light of the system of Dutch substantive criminal law, too high.

Furthermore a lot of legal tenets and components in Dutch criminal law have a rather broad reach. These effects (can) accumulate. Several minor extensions of the reach of Dutch criminal law can lead to quite major *uitbreidingen van strafbaarheid* in a quantitative as well as a qualitative way. Dutch criminal law has in that respect been developing in a way that does not yet seems to be concluded.



## Lijst van geraadpleegde literatuur

### A

- M. Aksu, Beperking van de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) met een beroep op terrorismebestrijding, NJCM-Bulletin, jrg. 30 (2005), nr. 4, p. 384-397.
- M. Aksu, De relatieve grenzen van het absolute folterverbod (art. 3 EVRM) in terrorismezaken, NJCM-Bulletin 2006, p. 456-477.
- Y. Alexander, Terrorism: A Definitional Focus, in: Y. Alexander and E.H. Brenner (eds.), *Terrorism and the Law*, Transnational Publishers, Ardsley, 2001, p. 3-7.

### B

- Y.G.M. Baaijens-van Geloven, Aantekeningen bij recente uitbreidingen van rechtsmacht in het Wetboek van Strafrecht, in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende Schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2003, p. 1-23.
- R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht*, 11e druk, Kluwer, Deventer, 2003.
- J.M. van Bemmelen, Positieve criteria voor strafbaarstelling, in *Speculum Langemeijer*, 31 rechtsgeleerde opstellen (J.F. Glastra van Loon e.a., red.), Zwolle, 1973.
- J.M. van Bemmelen / Th. W. van Veen, *Het materiële strafrecht, Algemeen deel*, Gouda Quint, Arnhem, 12e druk, bewerkt door D.H. de Jong en G. Knigge, 1995.
- Tony Blair, Foreword, in *Reuters, After September 11, New York and the world*, Prentice Hall, Upper Saddle River, 2002, p. vi-vii.
- T. Blom, *Drugs in het recht, recht onder druk*, Gouda Quint / SI-EUR, 1998, dissertatie EUR, deel 1.
- T. Blom, *Drugs in het recht, recht onder druk*, Gouda Quint / SI-EUR, 1998, dissertatie EUR, deel 2.
- T. Blom, Privacy, strafrechtelijke rechtshandhaving en terreurbestrijding, in: J.R. Blad, (red.) *Strafrechtelijke rechtshandhaving, Aspecten en actoren voor het academisch onderwijs belicht*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2007, p. 209-234.
- J. Boksem, Het voorgestelde artikel 69, vierde lid, AWR zou eigenlijk niet nodig moeten zijn, in J.P. Balkema, M. Barels, J.A.W. Lensing, A.J.M. Machielse, H.J.B. Sackers (red.), *Dynamisch strafrecht*, Corstensbundel, Gouda Quint, Arnhem, 1995, p. 49-58.
- A. Bockwinkel, *Beschouwingen over de nieuwe leer van de Hoge Raad omtrent samenloop van strafbare feiten*, dissertatie UU, Drukkerij P. den Boer, Utrecht, 1953.
- P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulduitsluiting*, Kluwer / SI-EUR, 2005, dissertatie EUR.
- P.J.H.M. Brouns, *Opzet in het Wetboek van Strafrecht*, dissertatie RUG, Gouda Quint, Arnhem, 1988.
- P.J.H.M. Brouns, Tijd en plaats bij deelneming, in: J.L. van der Neut (red.), *Dader-schap en deelneming*, Gouda Quint, Deventer, 4e druk, 1999, p. 191-198.
- R. Bruin en K. Wouters, Terrorism And The Non-Derogability Of Non-Refoulement, *International Journal of Refugee Law*, januari 2003, 2003.15(5).
- M.K. Bulterman, De financiële strijd tegen het terrorisme en de mensenrechten, NJCM-Bulletin, jrg. 27 (2002), nr. 7, p. 834-848.
- H.G. van de Bunt en E.K.J. Pladdet, *Geweld op zee, Een verkenning naar de aard en omvang van zeepiraterij*, Justitiële verkenningen, jrg. 29, nr. 2 2003, p. 29-43.

- M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen, R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 4e druk, 1997.
- Y. Buruma, *Introductie internationaal strafrecht*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1994.
- Y. Buruma, *Terrorisme en de weerbare rechtsstaat*, DD 31 (2001), afl. 10, pp 1025-1033.
- Y. Buruma, *Het legaliteitsbeginsel in een veranderende democratische rechtsstaat*, in P.C. Bogert en T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, SI-EUR-reeks, deel 23, Rotterdam, 2000, p. 65-78.
- Y. Buruma, *De gedraging als element van het strafbare feit*, DD 2006, 58.
- Y. Buruma en E.R. Muller, *Wet Terroristische Misdrijven in perspectief*, NJB 2003, pp. 2138-2145.

## C

- A. Cassese, *Terrorism Is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories Of International Law*, *European Journal of International Law*, november 2001, 12 (993).
- A. Cassese, *Is the ICC Still Having Teething Problems?*, *Journal of International Criminal Justice*, juli 2006, 4 3 (434).
- R. Chibueze, *United States objection to the International Criminal Court: a paradox of "operation Enduring Freedom"*, *Annual Survey of International & Comparative Law*, Golden Gate University School of Law, 2003, 19.
- C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer, T & C Sr, Kluwer, Deventer, editie 2005.
- G.L. Coolen, *Militair straf- en strafprocesrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, derde druk, 2000.
- G.L. Coolen, *Militair straf- en strafprocesrecht*, Kluwer, Deventer, vierde druk, 2004.
- G.J.M. Corstens, *Europees strafrecht*, in: G.J.M. Corstens & M.S. Groenhuijsen (red.) *Rede en Recht, Liber amicorum Nico Keijzer*, p. 11-25.
- G.J.M. Corstens, *het Nederlands strafprocesrecht*, 4e druk, Kluwer, Deventer, 2002.
- G.J.M. Corstens, *Dijkdoorbraken in de strafrechtspleging*, NJB 2005, afl. 6, p. 289.
- M. Crenshaw, *Introduction*, in: M. Crenshaw (red.), *Terrorism, Legitimacy, and Power*, Wesleyan University Press, Middletown, 1983, p. 1-37.

## D

- M. Deflem, *International Processes: Global Rule of Law or Global Rule of Law Enforcement?* *International Police Cooperation and Counter-terrorism*, *The Annals of The American Academy of Political and Social Science*, januari 2006, 603, 240.
- H. de Doelder, *Terrorisme en de rol van de rechter*, *Erasmus Law Lectures 3*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2006.
- M.M. Dolman, *Van bandieten en jihadisten: deelneming aan misdadige organisaties*, *Strafblad*, afl. 2 (april), jaargang 4 (2006), p.134-146.
- E.J. Dommering, *Strafbare verheerlijking*, NJB 2005, afl. 32, p. 1693-1696.

## E

- A. Ellian, *Oorlogsrecht en strafrecht in de strijd tegen het terrorisme: hoop en wanhoop van de nieuwe oorlog*, in M.M. Dolman (red.), *Terrorisme, Europa en strafrecht*, Vossiuspers UvA, Amsterdam, 2003, p. 16-38.
- R. van Elst, *Strafbare rechtspersonen en hun leidinggevers*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1997.

**F**

- M.A. Fainberg, Aviation Security: Case Study, in Y. Alexander and E.H. Brenner (eds.), *Terrorism and the Law*, Transnational Publishers, Ardsley, 2001, p. 14-20.
- C. Fijnaut, De belangrijke rol van het strafrecht bij de bestrijding van (islamitisch) terrorisme, *RM Themis*, 2005-4, p. 210-215.
- A.A. Franken, hetzelfde feit, *Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 1992.

**G**

- E. Gritter en E. Sikkema, Bestemming onbekend - Strafbare voorbereiding (artikel 46 Sr) en wetsvoorstel 30164, DD 2006, p. 277-302.
- M.S. Groenhuijsen, Criteria voor strafbaarstelling, DD 23 (1993), afl. 1, p. 5.
- A. Guelke, *The age of terrorism and the international political system*, I.B. Tauris Publishers, London, 1995.
- Guidelines on human rights and the fight against terrorism, Council of Europe Publishing, Straatsburg, 2002.

**H**

- W.J.M. de Haan, Stel dat Mohammed B. Pim Fortuyn had vermoord, DD 2005, 76.
- M. Halberstam, Terrorism on the high seas: the Achille Lauro, piracy and the IMO Convention on maritime safety, *The American journal of international law*, vol. 82 (1988), p. 269-310.
- M. Halberstam, The Evolution of the United Nations Position on Terrorism: From Exempting National Liberation Movements to Criminalizing Terrorism Wherever and by Whomever Committed, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2003, 41, p. 573-584.
- A.C. 't Hart, Openbaar Ministerie en rechtshandhaving, een verkenning, Gouda Quint Arnhem, 1994.
- R.H. Haveman, Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel, dissertatie UU, Gouda Quint, Deventer, 1998.
- B. Hoffman, *Inside terrorism*, Victor Gollancz, London, 1998.
- J. de Hullu, Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid, oratie KUB, Gouda Quint, Arnhem, 1993.
- J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Gouda Quint, 2e druk, Kluwer, Deventer, 2003.
- J. de Hullu, Recidive en straftoemeting, Afscheidsrede KUB, Kluwer, Deventer, 2003.
- J. de Hullu, I. M. Koopmans, Th. A. de Roos, Het wettelijk strafmaximum. Een onderzoek naar het patroon van strafmaxima in het commune en het bijzondere strafrecht, *Monografieën Strafrecht*, Gouda Quint, Deventer, 1999.
- L.H.C. Hulsman, Criteria voor strafbaarstelling, in *Strafrecht terecht?*, over dekriminalisering en depenalisering, In den Toren, Baarn, 1972, p. 80-92.

**J**

- B.M. Jenkins, The potential for Nuclear Terrorism, in: A.R. Norton en M.H. Greenberg (red.), *Studies in Nuclear Terrorism*, G.K. Hall & Co., Boston, 1979, p. 164-172.
- B.M. Jenkins, Will terrorists go nuclear? A reappraisal, in: H.W. Kushner (red.), *The Future of Terrorism: Violence in the New Millennium*, SAGE Publications, London, 1998, p. 225-249.
- B.M. Jenkins, Aircraft Sabotage, in P. Wilkinson and B.M. Jenkins (eds), *Aviation Terrorism and Security*, Frank Cass, London, 1999, p. 50-53.

- B.M. Jenkins, *Aviation Security in the United States*, in P. Wilkinson and B.M. Jenkins (eds), *Aviation Terrorism and Security*, Frank Cass, London, 1999, p. 101-111.
- P. St. John, *The Politics of Aviation Terrorism*, in P. Wilkinson and B.M. Jenkins (eds), Frank Cass London, *Aviation Terrorism and Security*, 1999, p. 27-49.
- D.H. de Jong, *De macht van de telastelegging in het strafproces*, dissertatie RUG, Gouda Quint, Arnhem, 1981.
- D.H. de Jong, *Vormen van strafbare deelneming*, in: J.L. van der Neut (red), *Daderschap en deelneming*, Gouda Quint, Deventer, 4e druk, 1999, p. 85-102.
- D.H. de Jong, *Groeiende aandacht voor het materiële strafrecht?*, DD 30 (2000), afl. 9, p. 855-858.
- D.H. de Jong, *Het strafrechtelijk opzet anno 2003: vooral een psychologisch of vooral een normatief begrip?*, RM Themis 2004, p. 76-78.
- D.H. de Jong en M. Kessler, *De HIV-test voor het voorwaardelijk opzet en andere leerstukken*, NJB 2002, p. 2230-2237.

## K

- N. Keizer, *Strafbaarheid van voorbereidingshandelingen*, Monografieën Strafrecht, Gouda Quint, Arnhem, 1983.
- N. Keizer, *Terrorisme een 'core crime'?*, in M.M. Dolman (red.), *Terrorisme, Europa en strafrecht*, Vossiuspers UvA, Amsterdam, 2003, p. 9-15.
- C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, 3e druk, Kluwer, Deventer, 2005, p. 126-130.
- P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Terrorismebestrijding door marginalisering strafvorderlijke waarborgen*, NJB 2005, afl. 8, p. 397-400.
- B.F. Keulen / M. Otte, *Opzet en schuld*, *Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 1999.
- B.J.V. Keupink, *Strafbaarstelling, schade en (im)moraliteit*, in: J.R. Blad, (red.) *Strafrechtelijke rechtshandhaving, Aspecten en actoren voor het academisch onderwijs belicht*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2007, p. 43-61.
- J. Klabbers, *Rebel With A Cause? Terrorists And Humanitarian Law*, *European Journal of International Law*, April 2003, EJIL 2003.14(299).
- Y. Klerk, *De ontstaansgeschiedenis van de Europese Conventie*, in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek, J. van der Velde (red.), *40 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, Opstellen over de ontwikkelingen van het EVRM in Straatsburg en in Nederland 1950-1990*, Speciaal nummer NJCM Bulletin / Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten, Leiden, 1990, p. 3-15.
- G. Knigge, *Doen en laten; enkele opmerkingen over daderschap*, DD 22 (1992), afl. 2, p. 128-154.
- G. Knigge, *Het opzet van de deelnemer*, in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende Schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2003, p. 291-321.
- G. Kok en S.F.C. Römer, *Medeplechtigheid*, in J.L. van der Neut, *Daderschap en deelneming*, vierde druk, Gouda Quint, Deventer, 1999, p. 117-125.
- C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Kluwer, Deventer, 1997.
- C.A.J.M. Kortmann, P.P.T. Bovend'Eert, J.C.E. Ackermans-Wijn, J.W.A. Fleuren, M.N.H. van der Nat, *Tekst & Commentaar Grondwet*, Kluwer, Deventer, 1998.
- F.A.J. Koopmans, *Prologen materieel strafrecht*, 3e druk, Kluwer, Deventer, 2003.
- F.A.J. Koopmans, *Het beslissingsmodel van art. 348/350 Sv*, 9e druk, Kluwer, Deventer, 2004.

- I.M. Koopmans, *De strafbaarstelling van milieuverontreiniging*, dissertatie RUL, Gouda Quint, Arnhem, 1996.
- H.G.M. Krabbe, *Uitlokking*, in J.L. van der Neut, *Daderschap en deelneming*, vierde druk, Gouda Quint, Deventer, 1999, p. 127-147.
- D. Kretzmer en B.W. Wayne, *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?*, *European Journal of International Law*, april 2005, 16 (171).
- P.J. v. Krieken, *Terrorism and the International Legal Order*, 2002, T.M.C. Asser Press, Den Haag.

## L

- W. Laqueur, *The new terrorism, Fanaticism and the arms of mass destruction*, Phoenix press, London, 2001.
- W. Laqueur, *No end to war, Terrorism in the twenty-first century*, Continuüm, London / New York, 2003.
- R.A. Lawson, *vijftig jaar EVRM in vogelvlucht*, in R.A. Lawson en E. Myjer (red.), *50 jaar EVRM*, NJCM-Boekerij, 2000, p. 3-21.
- J.M. Lintz, *Internationaal terrorisme en Nederlandse rechtsmacht*, *Trema*, nr. 9, november 2004, pp. 381-386.
- J.M. Lintz, *Samenspanning in de Wet terroristische misdrijven*, DD 2005, 79.
- J.M. Lintz, *Terrorisme en rechtshandhaving*, in: J.R. Blad, (red.) *Strafrechtelijke rechtshandhaving, Aspecten en actoren voor het academisch onderwijs belicht*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2007, p. 179-208.

## M

- P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th edition, Routledge London, 1997.
- O. Malik, *Aviation Security Before and After Lockerbie*, in P. Wilkinson and B.M. Jenkins (eds), *Aviation Terrorism and Security*, Frank Cass, London, 1999, p. 112-133.
- A.L. Melai, *het Wetboek van Strafvordering*.
- S.P. Menefee, *Piracy, Terrorism, and the Insurgent Passenger*, in N. Ronzitti (red.), *Maritime terrorism and international law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1990, p. 43-68.
- A. Merari, *Attacks On Civil Aviation: Trends and Lessons*, in P. Wilkinson and B.M. Jenkins (eds), *Aviation Terrorism and Security*, Frank Cass, London, 1999, p. 9-26.
- P.A.M. Mevis, *Strafrecht en ethiek: pleonasme en niet voorwerp van post-modern debat over twee zelfstandige grootheden*, AA 47 (1998) 11, p. 873.
- P.A.M. Mevis, *Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht*, in P.C. Bogert en T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, SI-EUR-reeks, deel 23, Rotterdam, 2000, p. 1-35.
- P.A.M. Mevis, *Enkele opmerkingen over aard, formulering en toepassing van bepaalde straf(maximum)verhogende omstandigheden, recidive en terroristisch misdrijf in het bijzonder*, in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende Schalen. Liber amicorum J. de Hullu*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2003, p. 433-451.
- P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht, Een thematische inleiding*, 4e druk, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2004, p. 1-36.

- J.S. Mill, *On liberty*, John W. Parker and son, London, second edition, 1854.
- M.R. Mok, De Haagse Conventie van 16 december 1970 ter bestrijding van het kapen van luchtvaartuigen, NJB 1971, aflevering 11, p. 281-293.
- M.R. Mok, De strijd tegen de luchtpiraterij (I), NJB 1973, aflevering 27, p. 837-849.
- M.R. Mok, De strijd tegen luchtpiraterij (II-slot), NJB 1973, aflevering 28, p. 879-888.
- M.R. Mok, Het doodvonnis van Mussert, in: Ch.J. Enschedé, N. Keizer, J.C.M. Leijten, Th.W. van Veen (red.), *Naar eer en geweten, Liber Amicorum J. Rummelink*, Gouda Quint, Arnhem, 1987, p. 363-381.
- G.P.M.F. Mols, *Strafbare samenspanning, een rechtshistorisch en rechtsvergelijkend onderzoek*, dissertatie UU, Gouda Quint, Arnhem, 1982.
- G.P.M.F. Mols, Th. A. de Roos, *Naar een algemene strafbaarheid van de voorbereidingshandeling*, NJB 1992, afl. 7, p. 221-225.
- E.R. Muller, *Terrorisme en politieke verantwoordelijkheid: gijzelingen, aanslagen en ontvoeringen in Nederland*, dissertatie RUL, Gouda Quint, 1994.
- E.R. Muller, *Modern terrorisme, het Tijdschrift voor de Politie*, nr. 6, juni 2003, p. 12-17.
- E.R. Muller, *Modern terrorisme en moderne terrorismebestrijding*, in E. van Dongen, M. Groothuis, H. Janssen, M.L. Vermeulen, M. v.d. Vlis (red.), *Terrorismebestrijding met mensenrechten*, Stichting NJCM-boekerij, Leiden, 2005, p. 29-50.
- E.R. Muller, R.F.J. Spaaij en A.G.W. Ruitenberg, *Trends in terrorisme*, Kluwer, Alphen aan de Rijn, 2003.

## N

- J.L. van der Neut, *Strafprocessuele aspecten van deelneming*, in J.L. van der Neut, *Daderschap en deelneming*, vierde druk, Gouda Quint, Deventer, 1999, p. 199-211.
- W. Nieboer, *Wetens en willens*, Gouda Quint, Arnhem.
- W. Nieboer, *Strafrechtelijke zorgplichten*, in: *Liber Amicorum Th. W. van Veen*, Gouda Quint, Arnhem, 1985, p. 255-270.
- W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Gouda Quint, Arnhem, 1991.
- W. Nieboer, G.A.M. Strijards, *Toerekening van gevolgen – om het eigen juridische karakter*, DD 10 (1980, afl. 1, p. 7-17.
- J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, 4e druk, *Ars Aequi, Libri*, Nijmegen, 2000.
- Noyon, Langemeijer, Rummelink, *Het Wetboek van Strafrecht*.

## P

- A. Pedain, *Intention and the Terrorist Example*, *Criminal Law Review* 2003, p. 579-593.
- C.M. Pelser, *De morele verplichting van de overheid om inbreuken op de persoonlijke levenssfeer strafbaar te stellen* in Ch. Brants, M. Moerings, C. Pelser (red.), *Morele kwesties in het strafrecht*, Deventer: Gouda Quint, 1999, p. 217-243.
- C.M. Pelser, *De naam van het feit, Over de kwalificatiebeslissing in strafzaken*, dissertatie RUL, Gouda Quint, Arnhem, 1995.
- Van der Pot – Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door L. Prakke, J.L. de Reede, G.J.M. van Wissen, 14e druk, Tjeenk Willink, Deventer, 2001.
- E. Prakken, *Voorzichtig met Europese strafrechtelijke terrorismebestrijding*, NJB 2001, p. 1879-1882.
- E. Prakken, *Naar een cyclopisch (straf)recht*, NJB 2004, afl. 45 / 46, p. 2338-2344.

- E. Prakken, D. Roef, Strafbare voorbereiding in Nederland: juridische overkill, in F. Verbruggen, E. Prakken, D. Roef, Voorbereidingshandelingen in het strafrecht, preadviezen voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2004, p. 209-269.
- C. Prins, Apologieverbod: beschermen is geen afschermen, NJB 2005, afl. 38, p. 1979.
- V.-J. Proulx, Rethinking the Jurisdiction of the International Criminal Court in the Post-September 11th Era: Should Acts of Terrorism Qualify As Crimes Against Humanity?, American University International Law Review, 2004, 1009.

## R

- J.M. Reijntjes, Samenspanning, DD 7 (1977), afl. 7, p. 418-432.
- J.M. Reijntjes, Het aannemen van opzet, in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), Glijdende Schalen. Liber amicorum J. de Hullu, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2003, p. 473-490.
- J.M. Reijntjes, Opzet of toerekening?, RM Themis 2004, p. 79-82.
- J.M. Reijntjes, een afrekening, Over het toerekenen van gedrag aan daders en mededaders, Kluwer, Deventer, 2005.
- J. Remmelink, Samenspanning, in Ad Personam, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ch. J. Enschedé, Tjeenk Willink, Zwolle, 1981, p. 223-236.
- J. Remmelink, Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, 15e druk, Gouda Quint, Deventer, 1996.
- N. Ronzitti, The Law of the Sea and the use of Force Against Terrorist Activities, in N. Ronzitti (red.), Maritime terrorism and international law, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1990, p. 1-14.
- N. Ronzitti, The Prevention and Suppression of Terrorism Against Fixed Platforms, in N. Ronzitti (red.), Maritime terrorism and international law, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1990, p. 91-96.
- Th. A. de Roos, Strafbaarstelling van economische delicten, dissertatie Utrecht, Gouda Quint, Arnhem, 1987.
- Th. A. de Roos, Strafrechtelijke terrorismebestrijding: een vraagteken bij een vraagteken, RM Themis, 2004-1, p. 15, 16.
- K. Rozemond, Algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen, DD 24 (1994), afl. 7, p. 651-675.
- K. Rozemond, Legaliteit in het materiële strafrecht, RM Themis 1999, p. 117-130.
- K. Rozemond, Waar ligt de grens van het legaliteitsbeginsel?, in P.C. Bogert en T. Kooijmans (red.), Over de grens van het legaliteitsbeginsel, SI-EUR-reeks, deel 23, Rotterdam, 2000, p. 37-64.
- K. Rozemond, De methode van het materiële strafrecht, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2006.
- M. Rutgers, Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen, dissertatie RUL, Gouda Quint, Arnhem, 1992.

## S

- A. Samuels, The International Criminal Court, Journal of Criminal Law, augustus 2006, 70 4 (317).
- A.P. Schmid, A.J. Jongman et al., Political terrorism, A new guide to actors, authors, concepts, data bases, theories and literature, Transaction Books, New Brunswick, 1988.

- N. Schrijver, Responding to international terrorism, moving the frontiers of international law for 'Enduring Freedom', in *The Law on Terror; Terrorism and Human Rights*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2003, p. 9-21.
- J. Simmelink en P. Smith, Deelneming en voorbereiding, in: J.L. van der Neut (red.), *Daderschap en deelneming*, Gouda Quint, Deventer, 4e druk, 1999, p. 159-182.
- J.M. Sjöcrona en A.M.M. Orie, *Internationaal strafrecht vanuit Nederlands perspectief*, 3e druk, Kluwer, Deventer, 2002.
- A.L. Smeulers, Nederlands gestuntel in de Krekar-zaak, *NJB* 2003, afl. 18 (mei), p. 920-923.
- H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, Eerste Deel, Haarlem, tweede druk, 1891.
- H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht*, Tweede Deel, Haarlem, tweede druk, 1891.
- H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Derde Deel, Tjeenk Willink, Haarlem, 1892.
- P. Smith, *Strafbare voorbereiding*, dissertatie RUG, Boom juridische uitgevers, Den Haag, 2003.
- R.F.J. Spaaij, De financiering van terrorisme, *Proces* 2003/2, p. 72-86.
- R.F.J. Spaaij en F.D. van der Veen, NBC-terrorisme in perspectief, *het Tijdschrift voor de Politie*, nr. 6, juni 2003, p. 18-26.
- E.F. Stamhuis, *Gemeen gevaar*, Oratie OU, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2006.
- S.A.M. Stolk, Over revolutionairen, terrorisme en strafrecht, *DD* 33 (2003), afl. 1, p. 1-8.
- S.A.M. Stolk, Het strafrecht en de strijd tegen het terrorisme: bondgenoot of vijand?, in M.M. Dolman (red.), *Terrorisme, Europa en strafrecht*, Vossiuspers UvA, Amsterdam, 2003, p. 39-54.
- A.L.J. van Strien, Een nieuw begrip in het strafrecht: het ONvoorwaardelijk opzet, *DD* 29 (1999), afl. 2, p. 172-175.
- G.A.M. Strijards, *Internationaal strafrecht*, Strafrechtsmacht, Algemeen Deel, Gouda Quint, Arnhem, 1984.
- G.A.M. Strijards, *Aansprakelijkheidsgronden*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1988.
- G.A.M. Strijards, *Hoofdstukken van materieel strafrecht*, Lemma, Utrecht, 1992.
- G.A.M. Strijards, *Strafbare voorbereidingshandelingen*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1995.
- G.A.M. Strijards, Terrorismebestrijding op Unieniveau en de respectering van mensenrechten, in E. van Dongen, M. Groothuis, H. Janssen, M.L. Vermeulen, M. v.d. Vlis (red.), *Terrorismebestrijding met mensenrechten*, Stichting NJCM-boekerij, Leiden, 2005, p. 75-94.
- A.H.J. Swart, Verboden organisaties en verboden rechtspersonen, in: Ch.J. Enschedé, N. Keizer, J.C.M. Leijten, Th.W. van Veen (red.), *Naar eer en geweten*, Liber Amicorum J. Remmelink, Gouda Quint, Arnhem, 1987, p. 607-624.
- A.H.J. Swart, General Observations, in Bert Swart and André Klip (eds.), *international Criminal Law in the Netherlands*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, 1997, p. 1-21.
- J. Swire, A Statement on Behalf of the UK Families Group – Flight 103, in P. Wilkinson and B.M. Jenkins (eds), *Frank Cass London, Aviation Terrorism and Security*, 1999, p. 134-146.



**T**

- R.A. Topping, *Strafbaarheid van rechtspersonen*, dissertatie RUG, Gouda Quint, Arnhem, 1984.
- T. Treves, *The Rome Convention for the Suppression of Unlawful Acts*, in N. Ronzitti (red.), *Maritime terrorism and international law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1990, p. 69-90.

**V**

- L.F.M. Verhey, *De horizontale werking van het EVRM*, in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek, J. van der Velde (red.), *40 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, Opstellen over de ontwikkelingen van het EVRM in Straatsburg en in Nederland 1950-1990*, Speciaal nummer NJCM Bulletin / Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten, Leiden, 1990, p. 19-39.
- R. Vennix, *Wetsvoorstel verheerlijking van terrorisme: niet effectief en niet nodig*, NJCM-Bulletin, jrg. 30 (2005), nr. 8, p. 1085-1090.
- M.J.H.J. de Vries-Leemans, *Art. 140 Wetboek van Strafrecht*, dissertatie KUB, Gouda Quint, Arnhem, 1995.
- M.J.H.J. de Vries-Leemans, *Rechtspersonen en art. 140 Sr*, in: M. van Kraaij en A. van Veen (red.), *Onderneming en strafrecht, Lustrum 'Nico Muller' 1966-1996*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1997, p. 77-94.
- M.J.H.J. de Vries-Leemans, *Art. 140 Sr: recente ontwikkelingen*, DD 29 (1999), afl. 2, p. 153-171.

**W**

- R. de Waard, *Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen*, NJB 1992, afl. 7, p. 213-220.
- C. Waling, *Het materiële milieustrafrecht*, Monografieën strafrecht (12), Gouda Quint, Arnhem, 1990.
- C. A. Ward, *Building capacity to combat international terrorism: the role of the United Nations Security Council*, *Journal of Conflict and Security Law*, December 2003, C&S Law 2003.8(289).
- W. Wedzinga, *Openlijke geweldpleging*, dissertatie RUG, Gouda Quint, Arnhem, 1992.
- P. Westerman, *Rechtsfilosofie, Inleiding*, Van Gorcum / Open Universiteit Heerlen, 1998.
- D.J. Whittaker, *The Terrorism reader*, 2nd edition, Routledge, London, 2003.
- R. de Wijk, *Het gevaar van succes in de strijd tegen terrorisme*, *Justitiële Verkenningen*, jrg. 30 (2004), nr. 3, p. 43-56.
- P. Wilkinson, *Terrorism & the Liberal State*, second edition, MacMillan, London, 1986.
- P. Wilkinson, *Terrorism versus Democracy, The Liberal State Response*, Frank Cass, London, 2003.
- P. Wilkinson, *Enhancing Global Aviation Security*, in P. Wilkinson and B.M. Jenkins (eds), *Aviation Terrorism and Security*, Frank Cass, London, 1999, p. 147-166.
- H.G. van der Wilt, *Het terroristisch oogmerk*, in M.M. Dolman (red.), *Terrorisme, Europa en strafrecht*, Vossiuspers UvA, Amsterdam, 2003, p. 55-81.
- H.D. Wolswijk, *Locus delicti en rechtsmacht*, dissertatie UU, Gouda Quint, Deventer, 1998.
- H.D. Wolswijk, *Een aparte locus delicti-leer voor art. 140 Sr*, DD 33 (2003), afl. 1, p. 38-47.